

مكتبة
عبد الوهاب محمد
مدرس القانون المدني
جامعة القاهرة
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الحكمة وعقد القرض الربوي

في المسؤولية عن الضرر

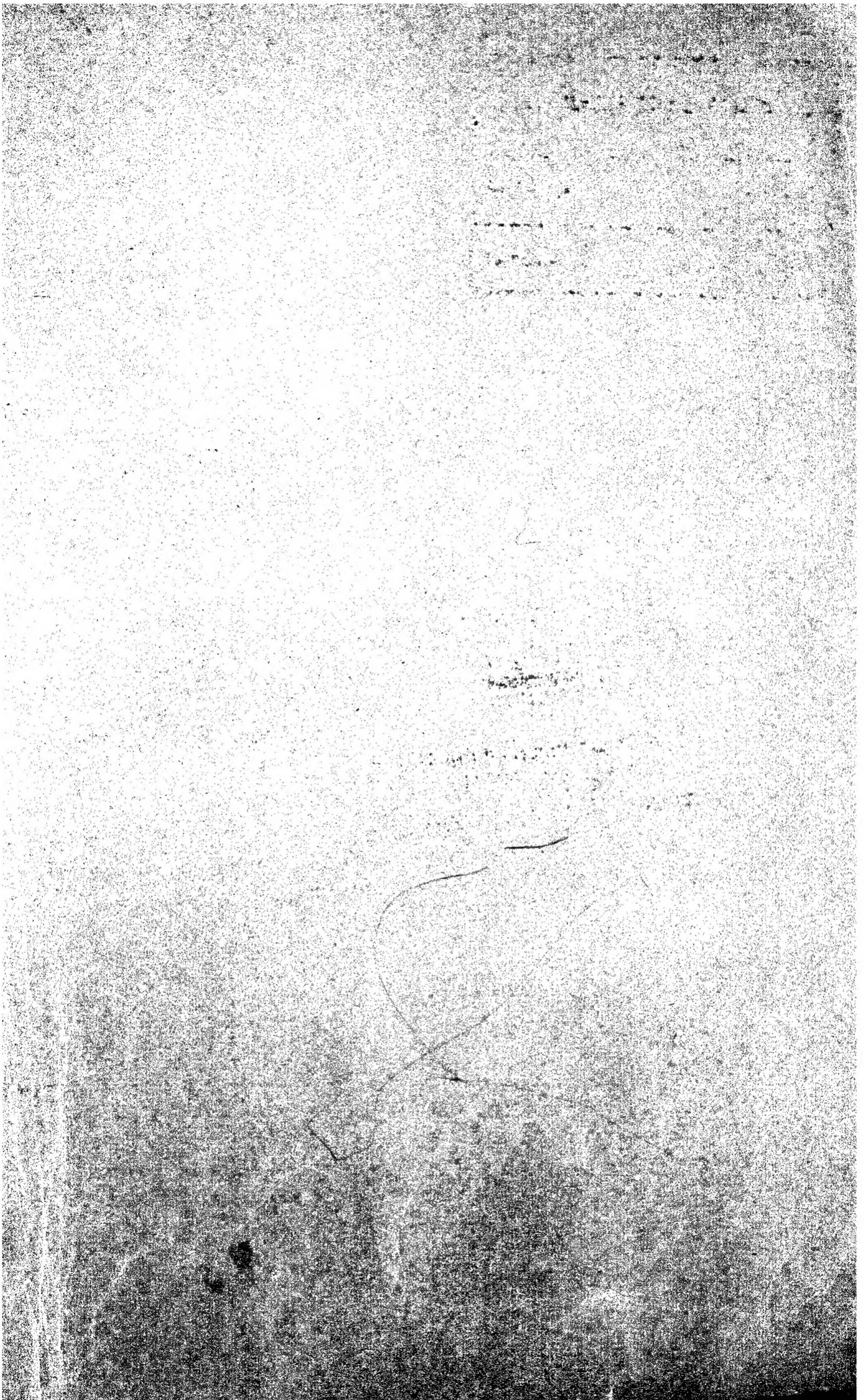
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الناشر

مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة تليفون ٩٣١٨٧٠

١٩٨٨





أحمد البصير
مدرس القانون المدني
جامعة القاهرة
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

المسئولية وعلاقتها بالشريعة

في المسئولية عن الفعل

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

الناشر

مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
القاهرة تليفون ٩٢٢٨٠

١٩٨٨

الطبعة الاولى
جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

المركز العلى للتصوير والطباعة
ميدان تريومف - مصر الجديدة

رقم الايداع ٥٠٧١ / ١٩٨٨ م
رقم دولى ٦ - ٦ - ٠٦ - ١١٢٠ - ٩٢٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلاة وسلاما على سيدنا ومولانا محمد النبي الامي وعلى آله وأصحابه أجمعين - أما بعد .
فمن المعلوم أن المسؤولية عن اضرار الاشياء الجامة تنهض على اركان ثلاث هي :
١ - وجود الضرر - ٢ - نشأة هذا الضرر عن شيء من الاشياء التي حددتها المادة ١٧٨ مدني - ٣ - وجود الشيء والذي أحدث الضرر في حراسة المدعى عليه .

ولما كان الضرر يمثل ركنا في المسؤولية عموما سواء تعلق الامر بالفعل الشخصي أو بفعل الغير أو بالاشياء التي يسأل عنها الانسان فضلا عن أن شروطه لا تختلف باختلاف السبب المؤدى اليه فانه ليس ثمة ما يدعو الى تكرار الحديث عنه في كل مناسبة يثور فيها وجوده . وذلك هو النهج الذي سلكه الفقه في دراسة هذا الموضوع ومن ثم آثرنا عدم التعرض له في هذا البحث .
ونكتفي بالتركيز على ركني الحراسة وعلاقة السببية بين الشيء والضرر ولما كان الحديث عن الحراسة يستلزم الحديث عن محلها وهو الاشياء فانا نغرد للحديث عنها بابا مستقلا يتوسطه دراسة الحراسة والترابط السببي بين الشيء والضرر ومن ثم اشتملت هذه الدراسة على ثلاثة أبواب يسبقها فصل تمهيدي وذلك على النحو التالي :

الفصل التمهيدي : في تطور المسؤولية عن اضرار الاشياء الجامة ومسئوليتها
مشروعيتها في الفقه الاسلامي .

الباب الاول : في الحراسة

الباب الثاني : في الاشياء التي تكون محلا للحراسة .

الباب الثالث : في الترابط السببي بين الشيء والضرر

ولله الفضل والمنة من قبل ومن بعد وهو ولي التوفيق //

الفصل التمهيدي
تطور المسؤولية عن الاشياء الجامدة ومدى مشروعيتها في الفقه الاسلامي

البحث الاول تطور المسؤولية عن الاشياء

المطلب الاول
تطور المسؤولية عن الاشياء في القانون المدني الفرنسي

لقد واكب وضع القانون المدني الفرنسي الحالي انطلاقة الثورة الصناعية بما أفرزته من تقدم صناعي هائل نتيجة اكتشاف الكهرباء واستخدام البخار كقوة محركة وكان من نتائج استخدام الآلات الميكانيكية زيادة تعرض الانسان للمخاطر بل وتزايد الحوادث التي كان على النظام القانوني أن يواجه مشاكلها الجديدة بالحلول المناسبة .

ولقد أثبت الواقع العملي آنث قصور نظام المسؤولية الخطئية عن مواجهة هذا الواقع الجديد لكونها تستلزم اثبات الخطأ في جانب المدعى عليه ، وذلك في الوقت الذي يتعذر فيه هذا الاثبات على الضرور نظرا لتعدد تلك الآلات وبما صاحب ذلك من كثرة الحوادث التي لم يعرف لها سبب مما استتبع بتعدد إسناد الخطأ إلى شخص معين .

ولقد بذل الفقه والقضاء عدة محاولات لتيسير حصول الضرور على التعويض عن الاضرار التي تنشأ عن استخدام الآلات والاجهزة الصناعية وخاصة بالنسبة لعمال المصانع وتمثلت أبرز تلك المحاولات فيما يلي (١)

(١) انظر في ذلك : د / عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج ١ ، ط ١٩٦٤ ف ٥١٦ ص ٨٦٢ ومابعدها .

— د / سليمان مرقس في رسالته " نظرية دفع المسؤولية المدنية " النسخة العربية ط ١٩٣٦ ، مطبعة الاعتماد ص ٣٤ ومابعدها ، ولنفس المؤلف المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الاول — الاحكام الخاصة — معهد البحوث والدراسات العربية ط ١٩٧١ ف ٤١ ص ٨٣ ومابعدها .

— د / محمد لبيب شنب في رسالته المسؤولية عن الاشياء ط ١٩٥٧ ، ف ٩ ص ١٢ ومابعدها .

المحاولة الاولى : التوسع في تقرير الواجبات القانونية على عاتق اصحاب العمل .
وهمون هذه المحاولة يرمى الى اعتبار ارباب الاعمال واصحاب الآلات
الميكانيكة ملزمون بتوفير وسائل الحماية الكافية للعمال وذلك عن طريق اتخاذ
الاحتياطات التي تؤمنهم من مضار استعمال هذه الآلات ورفض دعوى المجسر
عن اتخاذ هذه الاحتياطات . حتى يكون ذلك وسيلة لسهولة اثبات الخطأ في
جانب المدعى عليه . بيد أن هذه المحاولة عجزت عن توفير الحماية للعمال
حيث انها وان وفرت السبيل الى سهولة اثبات تقصير رب العمل الى حد ما
الا انها لاتعفى المضرور من اثبات تقصير المدعى عليه في أداء واجبه القانوني
وهو اثبات يكون عسيرا في كثير من الحالات مما يستتبع حرمان المضرور من الحصول
على التعويض .

المحاولة الثانية : التوسع في الاخذ بقرائن الاحوال والقرائن القضائية :
ويرمى همون تلك المحاولة الى اتخاذ الظروف التي يحدث فيها الضرر
قرينة على وجود الخطأ في جانب المدعى عليه الى أن يثبت هذا الاخير انتفاء
الخطأ من جانبه وهو مايعنى قلب عبء الاثبات خلافا لما تقضى به المسؤولية
الخطئية . بيد أن تلك المحاولة لم تؤدى الى تحقيق الغرض المرجو منها فسي
جميع الاحوال وذلك نظرا لان التقنين الفرنسي قد ترك للقضاء حرية تقدير تلك
القرائن مما استتبع بدوره توقف الامر في النهاية على موقف القاضي ازاء كل قضية

= د / عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ح ٢ مصادرا الالتزام
ط ١٩٥٤ ص ٤٣٢ ومابعدها .

- الاستاذ حسين عامر فى المسؤولية المدنية التقصيرية والعقابية ط ١٩٥٦
ق ٧٣٢ ص ٧٤٦ ومابعدها .

- تيركى فى تطور المسؤولية عن فعل الاشياء الجامدة رسالة من كان ١٩٣٠ ص ٣١
Turquy Maurice: D'evolution. de la responsabilite
du fait des ehoses inanimees.

- د / محمود جمال الدين زكى فى عقد العمل ط ١٩٥٦ ف ١٠٠ ص ٢٢٤ ومابعده

- د / عبد الفتاح عبد الباقي فى المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات
وغيرها من الاشياء الخطرة تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر اثناء

استعمالها ط الكويت ١٩٧٣/٧٢ - ص ٢٨ .

على حده نظرا لانه لا يستطيع استخلاص الخطأ الا من ظروف تسوغه وقد لا تنسبى تلك الظروف من وجهة نظر القاضي عن وجود خطأ في جانب المدعى عليه مما يقتضى الى حرمان الضرر في بعض الحالات (١)

المحاولة الثالثة : التوسع في الاخذ بالمسئولية العقدية :

وهمون هذه المحاولة يتمثل في اعتبار رب العمل ملزما بمقتضى عقد العمل بالمحافظة على سلامة عماله ومن ثم فانه يكون ملزما بالتعويض عما يحيق بهم من اضرار دون حاجة الى اثبات أى خطأ في جانبه .

بيد أن هذه المحاولة لم تلق استجابة في الفقه والقضاء وذلك للامور التالية :
اولا : لان القول بان عقد العمل يتضمن التزام رب العمل بالمحافظة على سلامة العامل انما هو محض افتراض لا ظل له من حقيقة ، حيث لا سند لهذا القول في عقد العمل .

ثانيا : لانه لو سلم جد لا بوجود مثل هذا الالتزام فانه يقصر عن حماية من لا تربطهم علاقة عقدية برب العمل .

ثالثا : لانه لو سلم جد لا كذلك بوجود مثل هذا الالتزام العقدي فليس ثمة ما يحول دون ارتفاعه في حالة وجود شرط يقضى باعفاء رب العمل من هذه التبعة اذ لا يوجد في نطاق المسئولية العقدية ما يحول دون ذلك (٢)

(١) د / محمد لبيب شنب في رسالته السابقة ف ١٣ ص ١٥ .
- د / سهير منتصر في رسالتها " تحديد مدلول الحراسة في المسئولية عن الاشياء " ، حقوق عين شمس ١٩٧٧ م ص ٢٠ .
- جوسران في دروس القانون المدني الوضعى الفرنسى ح ٢ ط ٢ ف ٦٧
Josserand, louis: Cours de droit civil positif
français.

(٢) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٣ ص ١٦ ، ١٧ .
- د / محمود جمال الدين زكى في عقد العمل ، المرجع السابق ف ١٠٠ ص ٢٢٧ .
- د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ٣١ .
- د / حمدي عبد الرحمن في دروس في قانون التأمين الاجتماعى ط ١٩٧٦ ص ١٨ .
- د / سهير منتصر في رسالتها ص ٢٠ ، ٢١ .

المحاولة الرابعة : الاحتكام الى نص المادة ١٣٨٦ الخاصة بالمسئولية
عن تهدم البناء :

وهمون هذه المحاولة هو التوسع في تطبيق ما تنص به هذه المادة على
الاضرار الناشئة عن استخدام الآلات الميكانيكية بطريق القياس . وذلك نظرا
لكونها تتضمن في نظر القائلين بتلك المحاولة أساسا لقاعدة عامة في المسئولية
عن الاشياء عموما أيا كان نوعها .

بيد أن تلك المحاولة قد باءت كذا لك بعدم القبول وذلك نظرا لان تطبيقها
يقتضي ثبوت الاهمال في صيانة البناء أو ثبوت عيب في انشاءه وقد يكون اثبات
ذلك أصعب من اثبات الاهمال أو الخطأ في جانب رب العمل أو المالك . ومن ثم
فإن اللجوء الى تلك المادة لا يوفر الحماية المطلوبة للعامل (١)

المحاولة الخامسة : اللجوء الى تطبيق الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ ..
حيث تنص تلك الفقرة على أن " يسأل الانسان ليس عن الضرر الذي يحدث
بفعله الشخص فقط ، بل أيضا عن الضرر الذي يحدث بفعل الاشخاص الذين
يسأل عنهم أو بفعل الاشياء التي تحت حراسته " (٢)

ولقد رأى الفقه والقضاء أن في هذه الفقرة السند القانوني لقاعدة عامة
للمسئولية عن الاشياء حيث تقرر مسئولية حارسها عن الاضرار التي تحدث بفعلها
دون حاجة الى اثبات الخطأ في جانب الحارس وذلك على الرغم من أن ذلك التفسير
لهذه المادة كما يرى الفقه لا يتفق مع قصد المقتن ولا مع الاعمال التفسيرية
للقانون المدني الفرنسي ولكن الحاجة العملية هي التي دفعت القضاء الى تقبل

(١) د / سليمان مرقص في الفعل الضار ف ١٥٤ ص ٢٠٠ .

- د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ١٣ ص ١٧ ، ١٨ .

(٢) on est responsable non seulement du dommage que
on cause par son propre fait mais encore de celui
qui est cause par le fait des personnes dont on
doit repondere ou des choses que on a sous sa gar
de".

هذا التفسير الذى نادى به جانب من الفقه (١)

ومع ذلك فان تطبيق هذه المادة مر بمرحلتين :

المرحلة الاولى : كان يحق فيها للمدعى عليه دفع هذه المسئولية باثبات عدم خطئه اى باثبات الدليل على قيامه بجميع الاحتياطات الكفيلة بمنع وقوع الضرر .

المرحلة الثانية : وهى التى لم يعد يجوز فيها للمدعى عليه دفع هذه المسئولية باثبات عدم خطئه وان كان يجوز له دفعها عن طريق اثبات ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة والحادث الفجائى أو خطأ الغير أو خطأ المضرور (٢)

المطلب الثانى

تطور المسئولية عن الاشياء فى ظل القانون المدنى المصرى

لقد اغفل التقنين المدنى المصرى الملقى النص على المسئولية عن الاشياء على خلاف ما ذهب اليه القانون المدنى الفرنسى كما سبق .
وكان من جراء ذلك أن اختلف الفقه والقضاء حول مبرر هذا الاغفال الذى انعكس منه وره على اتجاهات الفقه والقضاء المصرى ازاء القول بوجود مسئولية خاصة عن الاشياء او خضوع الاضرار الناشئة عنها للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (٣)

انظر فى ذلك :

- (١) د / عبد الفتاح عبد الباقي فى المرجع السابق ص ٥٤ .
- د / سليمان مرقص فى الفعل الضار ف ١٥٥ ص ٢٠٠ وما بعدها .
- د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ١٣ ص ١٨ ، ١٩ .
- د / محمد بن عبد الرحمن فى المرجع السابق ص ٢٠ .
- (٢) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ص ١٩ ، ٢٠ .
- (٣) انظر فى مبررات هذا الاغفال - د / محمد لبيب شنب فى رسالته - ف ١٩ ، ٢٠ ص ٢٣ وما بعدها .
- د / عبد الفتاح عبد الباقي فى المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها .
- د / عبد السلام زهنى فى الالتزامات النظرية العامة ف ٢٢٦ ص ٦٢٢ .
- الاستاذ مصطفى مرقى فى المسئولية المدنية ف ٢٦٢ ص ٢٣٦ وما بعدها .
- د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ٣١ وما بعدها .

وهو ما اعتنقته محكمة النقض المصرية (١)

أما في ظل التقنين المدني الحالي فقد أقر المقتن المسؤولية عن الأشياء في المادة ١٢٨ منه وذلك نظرا لتغير الظروف التي كانت سائدة أبان وضع التقنين المدني القديم حيث أصبحت مصر في الأربعينات على قدر من التصنيع ومن استخدام الآلات والسيارات وهو الأمر الذي أدى بالمقتن الى النص على هذه المسؤولية ، وان كان اقرارها قد مر بمراحل متعددة حيث كانت المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدي تنص على أن " كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد له فيه وهذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " ثم ادخل تعديل على هذا النص بما يفيد مد نظام المسؤولية الى كافة الأشياء الواقعة في حراسة الشخص بغير تخصيص بالآلات الميكانيكية او تلك الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، ثم عادت اللجنة أخيرا الى النص الاصلى مع إعادة صياغته وتقديم الأشياء الستى تتطلب حراستها عناية خاصة على الآلات الميكانيكية وهذا ورد النص النهائي على أن " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد له فيه هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " .

ومفصّل هذا النص عن أن المقتن المصرى قد التزم جانب الحذر حينما قصر المسؤولية عن الأشياء على ما ذكرته المادة ١٢٨ وذلك نظرا لما كانت " تقتضيه احوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسى في الحديث من احكامه فيما يتعلق باطلاق حكم هذه المسؤولية على الجمادات بجميع انواعها بل اقتصر على الآلات الميكانيكية وموجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة وديهي أن هذا التخصيص قصد به قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها وبهذا

(١) انظر نقض مدنى مصرى فى ١٥/١٢/١٩٣٤ - المحاماة س ١٥ ص ١٥٥
وراجع فى التعليق على هذا الحكم د / سليمان مرقص فى الفعل الضار
ف ١٦٠ ص ٢١٠ ، ٢١١ .

يكون من الميسور تصور اقامة قرينة على الخطأ في الحراسة * (١)

وسنرى فيما بعد - ان شاء الله - أن مسلك القاتون المدني الفرنسي كان أقرب الى منهج الفقه الاسلامي في عدم قصره لنطاق تلك المسؤولية على الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة وذلك بدليل ما أورده الفقه الاسلامي من تطبيقات للاشياء التي تكون محلا لمسئولية ذي اليد عليها والتي سنرى طرفا منها في البحث التالي ان شاء الله تعالى .

(١) راجع في ذلك : مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ص ٤٣٥ وما بعدها .

البحث الثاني مدى مسؤولية المسئولية من اضرار الاشياء الجامدة في الفقه الاسلامي

يفصح تتبع النصوص الفقهية بعدد حديثها عن الضمان أو التضمنين أن الفقه الاسلامي قد عالج بشكل عميق موضوع المسؤولية الناشئة عن اضرار الاشياء عامة سواء تعلقت تلك المسؤولية بالاضرار الناشئة عن الحيوان أو عدم تهديم البناء أو عن الجمادات الاخرى .

وقد احتلت دراسة المسؤولية الناشئة عن اضرار الجمادات مساحة هائلة في فقهنا الاسلامي سواء من حيث مدى شرعية هذه المسؤولية أو من حيث الاساس الذي تقوم عليه أو من حيث شروط تحققها أو من حيث الآثار التي تتسبب على وقوع الضرر بسبب يرجع اليها أو من حيث اسباب الاعفاء منها كالقوة القهرية وتدخل الضرر ... الخ

وسنشير فيما يلي الى طرف من تلك الامثلة التي تفصح عن مدى شرعية تلك المسؤولية من حيث المبدأ وذلك دون نظر الى ما قد يكون من خلاف فقهي حول بعضها مرجئين ما يستنبط منها من احكام لوضعها المناسب من هذه الدراسة وحسب موضوعها .

ومدهى ان يكون ماضيه الفقهاء من امثلة للمسئولية عن اضرار هذه الاشياء متناسب مع ما هو معروف لديهم في زمانهم ولكنها مع ذلك - كما يبدو لنا - تتسع في مدلولها لتشمل ما ستحدث من الاشياء في الازمنة اللاحقة على علاج فقهاءنا لهذا الموضوع .

وسنري مصداق ذلك من خلال هذه الدراسة دون لوى للنصوص أو تحميلها فوق ما تحتل الخسن بمدلولاتها أو تنزيل لما تفصح عنه من احكام على رأى الفقه الوضعي اذا حاشا المسلم ان يكون كذلك .

وفيما يلي عرض سريع لنماذج من الامثلة التي ضرمها الفقه الاسلامي للاشياء الموثبة للمسئولية عن اضرارها من حيث المبدأ .

١ - الاضرار التي تنشأ عن وضع حجر أو صخر أو جزع في الطريق العام (١)
أو وضعه لك على حافة حائط فتسقط بفعل الريح حيث يرتب ذلك
الضمان على واضعها لتسببه فيما حاق بالغير من ضرر (٢)

٢ - الاضرار التي تنشأ عن سقوط ما يحمله الانسان * وسواء كان مرد الضرر
الى وقوع الشئ * على الضرر أو كان ذلك بسبب تعثر الاخير بذ لك الشئ *
حيث أن حمل المتاع في الطريق وان كان مباحا ولكنه مقيد بشرط السلامة (٣)

(١) انظر في ذلك المبسوط للرخس الحنفى ج ٢٧ ص ٦٠ ٦١ حيث يقول :
" اذا وضع الرجل في الطريق حجرا * أو أخرج من حائطه جذ عسسا
أو صخرة شاخصة في الطريق * أو وضع في الطريق جذعا فهو ضامن بما اصاب
من ذلك لانه متسبب لهلاك ما تلف به بما احدثه وهو متعدد في هذا السبب
فانه احدث في الطريق ما يتضرر به المارة او يحول بينهم وبين المرور الذي
هو حقهم " * وانظر كذلك ملتقى الابحر ص ١٨٧ * د رر الاحكام فسى
شرح غرر الاحكام طبع الآستانه ١٣١٩ هـ ج ٢ ص ١٠٩ .

(٢) وفي ذلك يقول ابن قداما الحنبلى في كتابه المغنى ج ٢ ص ٨٣١ :
" اذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على انسان
فقتلته أو شئ * فأتلفته لم يضمن لان ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه
ويحتمل أن يضمن اذا وضعها متطرفة لانه تسبب في القائها وتعدى بوضعها
فأشبهه من بنى حائطا مائلا " .

كما يقول صاحب الانوار لاعمال الابرار ط الجبالية ١٣٢٨ هـ ج ٢ ص ١٢٨٤
" لو وضع حجرا في الطريق فتلف به شئ * وجب الضمان سواء وضع لمصلحة
عامة أم لا " .

(٣) انظر في ذلك ابن نجيم في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٤٠٠
حيث يقول " ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان ضمن سواء
تلف بالوقوع او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على
رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة " .

وانظر كذلك ملتقى الابحر ص ١٨٨ .

٣ - الاضرار التي تنشأ عن ايقاد النار تعديا فتصيب الغير الا اذا كانت
المضرة راجعة الى تدخل سبب اجنبي لا يد للضامن فيه (١)

(١) انظر في ذلك لسان الحكام لابن الشحنة المطبوع مع معين الحكام
ص ٢٨١ ، ٢٨٢ حيث يقول " رجل أوقد التنور فاحترق بيته وتعمدت
الى دار جاره فأحرقتها يضمن صاحب التنور ولو مر بنار في ملكه او في ملك
غيره فوقعت شرارة منها على ثوب انسان فاحترق قال محمد بن الفضل
رحمه الله يضمن وعزاه الى ابي يوسف رحمه الله وقال بعض العلماء ان مر
بالنار في موضع له حق المرور فيه فوقعت منه شرارة في ملك انسان او ألقنها
الريح لا يضمن فان لم يكن له حق في المرور في ذلك الموضع فالجواب على
التفصيل ان وقعت منه شرارة يضمن وان هب به الريح لا يضمن وهذا اظهر
وعليه الفتوى . "

كما يقول ابن فرحون المالكي في تبصرة الحكام ح ٢ ص ٣٤٨ :
" ومن الافعال الموجبة للضمان اذا أوقد رجل نارا لعمل يعمله فترامت
النار حتى احترق زرع رجل في أندرة فان كان قد غرقه من الاندر فهو
ضامن والقرب في ذلك غير محدود وانما يرجع فيه الى اهل المعرفة وان
كان عمله للنار على بعد من الاندرة في موضع مأبون فتحات النار
او حملها الريح حتى احترق ما في الاندرة فلا ضمان على الذي حملها . "
كما يقول ابن حجر الهيتمي الشافعي عن المثال نفسه في كتابه أسنى
المطالب ح ٤ ص ٧٢ " وضمن بايقاد النار عدوا اي تعديا أو أوقدها
بغير ملكه بلا اذن وان لم يسرف ولا كان ثم ربح أو أوقدها بملكه ولو بغير
سطحه حال كون الايقاد في ربح هابة بحيث يطير بسببها الشرار الى غير
ملكه أو أسرف في ايقادها بان جاوز العادة في قدرها فيضمن ماتلف بها
وان لم يكن ثم ربح لتقصيره بخلاف ما لو انتحيا " ، كما يقول صاحب المغنى
الحنبلي ح ٥ ص ٣٠٦ " واذا أوقد في ملكه نارا او في موات فطارت شرارة
الى دار جاره فأحرقتها ... لم يضمن اذا كان قد فعل ما جرت به
العادة من غير تفريط لانه غير متعمد ولانها رواية فعل جاح فلم يضمن
كرواية القود ... وان كان ذلك بتفريط منه بان أوجع نارا تسرى فسمى
العادة لكثرتها او ربح شديدة تحملها ... أو أوقد في دار غيره ضمن
ماتلفه . "

٤ - الاضرار التي تنشأ عن سكب أو رش الماء في الطريق العام بحيث يكون ذلك سببا فيما يحيق بالغير من ضرر^(١) إلا إذا كان لهذا الأخير يد في ذلك .

٥ - الاضرار التي تنشأ عن وضع الاقدار في الطريق ان كانت مما يحصل بسببها ضرر كقشر البطيخ مثلا^(٢)

== وانظر كذلك البهوتي في منتهى الارادات ج ٥ ص ٣٠٦ ، وشرائع الاسلام في الفقه الجعفري ج ٢ ص ٢٩١ ط مكتبة الحياة بيروت .

(١) وفي ذلك يقول صاحب البحر الرائق ج ٨ ص ٣٩٩ :
 " اذا صب الماء في الطريق أو رش أو تروضا فغضب به نفس أو مال يضمن لانه متعدد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعا له لان لكل واحد من اهله أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكن كما في الدار المشتركة ... قالوا وهذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق منه عادة واما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ، ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه به لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في الطريق من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو أعشى وقيل يضمن مع العلم ايضا اذا رش جميع الطريق بعد لانه مضطرا الى المرور فيه " .
 وانظر في هذا المعنى حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ج ٢ ص ٤٥٨ ، ط المطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣٠٩ هـ .
 كما يقول صاحب الانوار لاعمال الابرار - المرجع السابق ج ٢ ص ٢٨٤ :
 " ولو رش الماء في الطريق فزلق به انسان او بهيمة فان رش لمصلحة العامة كدفع الغبار فلا ضمان الا اذا جاوز المعتاد وان رش لمصلحة نفسه وجب الضمان " وانظر في هذا المعنى نهاية المحتاج للرملي ج ٢ ، ص ٣٥٤ - ٣٦٢ .

(٢) انظر في ذلك مجمع الضمانات ص ١٣٢ ، الانوار لاعمال الابرار في المرجع والموضع السابق حيث يقول " ولو طرح قمامة البيت أو قشر البطيخ أو الرمان في ملكه أو في موات فزلق بها انسان فهلك أو انكسر عضو أو تلفت بها مال فلا ضمان وان طرحها في الطريق فتلفت بها شيء وجب الضمان اذا كان المتعدي جاهلا بها ، اما اذا مشى عليها قاصدا وهو يراها فلا ضمان ،

- ٦ - الاضرار التي تنشأ عن استعمال الاسلحة كمن رمى سهما الى هدف فسي ملكه فجاوزه او اُتلف شيئا لغيره (١) او اُتلى تنشأ عن استعمال الآلات الحادة كالسيوف والفؤوس ونحوهما (٢)
- ٧ - الاضرار التي تنشأ عن استعمال ادوات المهنة كذلك التي تنشأ من استعمال مطرقة الحداد (٣)

- ولو القاها في مواضع معدة للالقاء تسمى المزابل فلا ضمان .
وانظر كذلك في هذا المعنى القواعد لابن رجب الختلي ج ١ ص ٢٠٣ ،
كشاف القناع على متن الاتقان للبهوتي ج ٤ ص ١٠٠ .
- (١) انظر في ذلك جميع الضمانات ص ١٤٦ .
- (٢) جميع الضمانات ص ١٧٠ حيث يقول :
" لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأُتلف عضو انسان فانه يضمنه ."
وانظر المدونة الكبرى في فقه المالكية ج ١ ص ٤٥٦ حيث جاء فيها :
" سئل الامام سحنون عن وضع سيف في طريق المسلمين او في موضع من المواضع يريد به قتل رجل فعطب به ذاك الرجل فمات فقال يقتل بـه فقال السائل اتحفظه عن مالك ؟ قال لا ولكنه رأيي فقال فان عطس بالسيف غير الرجل الذي وضع له قال لا يقتل به ولا تحفظه عن مالك ولكنه رأيي ."
- (٣) وفي ذلك يقول صاحب الفتاوى الخانية المطبوع مع الفتاوى الهندية ط الاميرية بالقاهرة ١٣١٠ هـ ج ٦ ص ٤٦ .
واذا اُخرج الحداد حديد من الكبر في حانوته ووضعها على القسلا ب وضربها بمطرقة فخرج شررها الى الطريق فأحرق رجلا او قتل منه فدينه على ما قتله ولو احرق ثوب انسان قيمته في ماله ولو لم يضربها بالمطرقة ولكن الريح اخرجت شررها فاصاب ما اصاب فهو هدر ."
- كما يقول الامام الرملي في الفتاوى البحرية لنفع البحرية ج ١ ص ١٠٠ .
" واذا وضع الصبي يده على الزيتين الذي يدار بالحجر المسحوب بالدابة فاصاب الحجر يد الطفل فهو هدر وجبت دية الصبي على عاقلة السائق ."

٨ - الاضرار التي تنشأ عن استعمال وسائل النقل كالدراجات^(١) أو عـصـن
تصادم السفن^(٢)

(١) وفي ذلك يقول صاحب مجمع الضمانات ص ١٤٨ :
" اذا اصاب العجلة صبيا فكسرت رجله وصاحبها راكب عليها وقال كنت
نائما فعليه أرش الكسر " .

(٢) انظر في ذلك مجمع الضمانات ص ١٥٠ وحاشية ابن عابدين " رد المحتار " .
ح ٥ ص ٥٩٥ ، فتاوى قاضيخان ح ٣ ص ٢٤١ ، المدونة الكسبري
المجلد السادس ح ١٦ ص ٤٤٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
ح ٤ ص ٢٧٤ - ٢٤٩ ، الام ح ٦ ص ٧٥ - نهاية المحتار ح ٧
ص ٣٦٦ .

اسنى المطالب ح ٤ ص ٢١ - المعنى لابن قوامة ح ٨ ص ٣٤٢ - ٣٤٥ .
منتهى الارادات ح ٢ ص ٤٣١ - المحلى لابن حزم ح ١٠ ص ٥١٠ ،
البحر الزخار ح ٥ ص ٢٤٨ - شرائع الاسلام ح ٤ ص ٤٥٥ .

المسأله الأولى الحراسة

تمهيد :

لا ريب أن الحديث عن الحراسة يقتضى بداية الوقوف على ماهيتها السمتى تستأهل ترتيب المسئولية عند توافرها وذلك فضلا عن ضرورة التعرف على العناصر التى يلزم وجودها لتحقيق تلك الماهية .

وقد يفصح الواقع عن اجتماع هذه العناصر فى يد شخص واحد وقد تتوزع بين أكثر من شخص وهنا تثار مشكلة تجزئة الحراسة وذلك هو ما يقتضى استقصاء موقف الفقه والقضاء إزاء مدى إمكان تجزئة عناصر الحراسة من عدمه . ولئن كان الفقه قد أجمع على امكانية مساءلة الحارس المميز إلا أنه اختلف اختلافا بينا حول مدى امكانية مساءلة عديم التمييز باعتباره حارسا وذلك هو ما يستلزم الحديث عن مدى اشتراط التمييز فى الحارس ، ولا ريب كذلك أن مساءلة شخص ما باعتباره حارسا إنما يقتضى ثبوت تلك الصفة بالنسبة له وقت وقوع الضرر بسبب الشئ الموجود فى ظل حراسته له .

وأخيرا فإن الحراسة قد تزول بمقتضى تنازل الحارس عن محلها أو بمقتضى انتقالها منه إلى الغير .

ومن هنا تتوزع الدراسة فى هذا الباب على فصول أربعة :

الفصل الأول : فى ماهية الحراسة وعناصرها

الفصل الثانى : فى مدى قبول الحراسة للتجزئة

الفصل الثالث : فى مدى اشتراط التمييز للحراسة

الفصل الرابع : فى اثبات الحراسة وانقضائها وانتقالها

الفصل الاول ماهية الحراسة وعناصرها

البحث الاول ماهية الحراسة وعناصرها في الفقه والقانون المدني

المطلب الاول ماهية الحراسة

تمهيد :

يفصح نص المادة ١٢٨ مدنى مصرى عن ان المقتن لم يحدد مدلول الحراسة التى تنهض عليها المسئولية عن الاشياء وذلك على الرغم من انه افصح عن هذا المدلول بحدود المسئولية عن حراسة الحيوان وعن حراسة البناء م ١٢٦ ، ١٢٧ مدنى ، ونظرا لاتحاد مبنى المسئولية عن حراسة الاشياء مع مبنى المسئولية عن حراسة كل من الحيوان والبناء * وازا ما توحى به الاعمال التحضيرية من وحدة فكرة الحراسة عن كل ذلك (١) فان الفقه يرى انه لا ضير من الالتجاء الى المادتين السابقتين على المادة ١٢٨ لتحديد مدلول الحراسة وفقا لهذه المادة الاخيرة * ان لو كان مستقرا في ذهن المقتن اختلاف مفهوم الحراسة بحدود المادة ١٢٨ عن سابقتها لافصح عن ذلك وبخاصة مع قسرب عهده بالحديث عن المسئولية الناشئة عن حراسة كل من الحيوان والبناء * ومن ثم فانه لا يمكن حمل ذلك السكوت الاعلى اتجاه قصد المقتن الى وحدة هذه الفكرة التى يجمعها رباط الخضوع للمسئولية عن الاشياء بصفة عامة *

واذا ما ارجعنا البصر فيما نعت عليه كل من المادة ١٢٦ ، ١٢٧ لافتادنا بصريح نصهما على ان الحارس ليس هو مالك الحيوان أو البناء حيث جرت عبارتهما على ان حارس الحيوان (أو البناء) ولو لم يكن مالكا

ومرد ذلك ان مالك الشئ قد يكون مقطوع الصلة به من حيث السيطرة المادية عليه فقد يكون الشئ موجرا أو معار أو مسروقا من مالكه ومن ثم فسان الحراسة ليست ملازمة للملكية بالضرورة * فضلا عن ذلك فان نص المادة ١٢٦ قد افاد كذلك بعدم التلائم بين الحراسة وبين الحياة المادية للشئ ان تقرر

(١) مجلة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٢٤ ، ٤٢٦ ، ٤٣٥ *

تلك المادة أن " حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب " .

ونخلص من ذلك الى ان الحارس ليس هو مالك الشئ بالضرورة كما انسه ليس دائما هو كل حائز له ^(١) واذا لم يكن حارس الشئ هو مالكه أو حائزه بالضرورة فمن يكون ان ؟

ذلك ما سنعرض للاجابة عنه من خلال الاشارة الى مفهوم الحراسة فسى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى .

اولا : مفهوم الحراسة فى الفقه والقضاء الفرنسى :

لقد اختلف الفقه الفرنسى حول تحديد مدلول الحراسة المرتبة للمسئولية عن الاشياء وتمثل ذلك فى ظهور النظريتين التاليتين :

١ - نظرية الحراسة القانونية :

يتحدد الحارس وفقا لهذه النظرية فيمن له سلطة قانونية على الشئ ، تخوله الحق فى استعماله ورقابته وتوجيهه بمقتضى ما هو ثابت له من حق عينى عليه أو حق شخصى متعلق به .

— ومن ثم — فان مجرد الحياة المادية للشئ أو توافر السلطة الفعلية عليه دون استناد ذلك الى حق قانونى لا يعتبر محققا لمفهوم الحراسة فسى هذا الصدد ^(٢) ويتضح من ذلك ان هذه النظرية تربط بين وجود السلطة

(١) انظر فى ذلك : د / محمد لبيب شنب فى رسالته المسئولية عن الاشياء ط ١٩٥٢ ف ٥٦ ص ٧٧ — د / عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ح ١ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٥٥١ — د / محمود جمال الدين زكى فى الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى ح ١ ، ط ١٩٧٦ ح ١ — مصادر الالتزام ف ٣٠١ ص ٥٥٢ .

(٢) انظر فى ذلك — هنرى مازو فى الخطأ فى الحراسة المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٥ ص ٧٩٣ .

— كوريس فى المسئولية عن حوادث السيارات رسالة من باريس — ص ١٩٢ ، ص ٧٧ .

القانونية على الشيء وبين ثبوت المسؤولية عن حراسته فكلما وجدت السلطة الاولى تحقق مفهوم الثانية كما ان انتفاءها يستتبع عدم وجود الاخيرة .

وتطبيقا لذلك : لا يعتبر التابع حارسا على الشيء رغم الوجود المصادى للشيء في حوزته (١) كما ان السارق لا يعتبر حارسا على الرغم من وجود المسروق تحت سلطته وان لم يكن له الحق مباشرة هذه السلطة (٢) .

ومتى انتهى كون التابع والسارق حارسا فان ذلك يستتبع القول بمسؤولية المالك عما يحدث للشيء المملوك له من ضرر يقتضي ماله من سلطة قانونية عليه . ولقد اعتمد القائلون بذلك من الفقه الفرنسي على حجة مستمدة من نص المادة ١٣٨٥ مدنى حيث تقرر مسؤولية حارس الحيوان حتى لو ضل أو تسرب، انه ليس لثبوت المسؤولية في تلك الحالة من تفسير الا انها تنهض على فكرة الحراسة القانونية نظرا لتحقيق المسؤولية على الرغم من فقد الحيوان أو ضياعه (٣) وجنى القياس هنا أن حراسة الشيء الجانبة لها ذات المعنى الذى هو ثابت لحراسة الحيوان (٤) .

Coressi (Alexandre): De la responsopilite encorue par. les automobilistes. a. raison des dommages causes par eux.

- د / محمد ليب شنب في المرجع السابق ف ٥٧ ص ٧٧ وما بعدها .
- د / محمد نصر رفاعى في رسالته الضرر كأساس للمسؤولية المدنية فـ فى المجتمع المعاصر ف ٤٢٥ ص ٥٢٥ - ٥٣٦ .
- (١) هنرى مازوا - تعليق في سيري ١٩٢٧ - ١ - ١٣٢ اشار اليه د / احمد شوقي عبد الرحمن في مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا ط ١٩٧٥ ف ٦٣ ص ٦٠ . جوسران في دروس في القانون المدنى الوضعى الفرنسى باريس ط ٢ ح ٢ ص ٥٤٤ .
- Josserond, louis: Cours de droit Givel positif francais

(٢) هنرى مازوا في الخطأ في الحراسة . المرجع السابق ص ٧٩٣ .

(٣) هنرى مازوا في المسؤولية ح ٢ ط ٥ ف ١٥١٨ - ١١٦٠ .

- د / محمد ليب شنب في المرجع السابق ف ٥٧ ص ٥٨ .

وذلك هو ما اعتنقته محكمة النقض الفرنسية لفترة من الزمن حيث اقرت
" بان الحراسة رغم سرقة الشيء لم تنزل لمالك الشيء المسروق " (١)

بيد ان هذه النظرية لم يكتب لها البقاء طويلا لكثرة ماوجه اليها من
المطاعن التي تخلص فيما يلي : (٢)

اولا : لان الاستناد الى نص المادة ١٣٨٥ مدنى فرنسى لا يصلح مبررا لتلك
النظرية حيث ان هذه المادة وان لم تربط فكرة الحراسة بالحيازة
المادية للشيء الا ان ذلك لايعنى بالضرورة ان السلطة القانونية هى
مناط تحقق الحراسة وبخاصة مع مايفصح عنه عجز تلك المادة من مسئولية
حارس الحيوان " وان لم يكن مالكا له " اذ ليس لهذه الاضافة من
تفسير الا انه لايشترط فى الحارس ان يكون صاحب حق على الشيء (٣)

(١) انظر فى ذلك : جازيت دى باليه - ١٩١٣ - ١ - ١٣١ - مازونى
مطول المسئولية ح ٢ ط ٥ ف ١١٥٨ ص ١١٦٠ د / محمد ليب
شنب فى رسالته ف ٥٧ ص ٧٨ .

(٢) انظر فى نقد هذه النظرية :

- جولدمان فى رسالته تعيين الحارس المسئول عن فعل الجوامد

Goldman. (Barthod) : De la determination du gardien
responsible du fait des choses inanimées.

ف ١٠٤ ص ١٧٤

- هنرى مازوا فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٥ ص ٧٩٣ ومطول
المسئولية ح ٢ ف ١١٢٠ ص ٢٤٦ .

- د / محمد ليب شنب فى رسالته ف ٥٧ ص ٧٧ ومابعدها .

- د / عبدالفتاح عبدالباقي فى المسئولية عن حوادث السيارات وغيرها من
الاشياء الخطرة مذكرات لدبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة
الكهت ط ١٩٧٣/٧٢ ف ٤٦ ص ١١٥ .

- د / احمد شوقي عبدالرحمن فى مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ط ٢٥ ص ٥٨

- د / سهير منتصر فى رسالتها تحديد مدلول الحراسة فى المسئولية عن الاشياء
حقوق عين شمس - ص ١٠٤ ومابعدها .

(٣) وذلك هو ما اتجهت اليه بعض احكام النقض الفرنسية من نفي الربط =

ثانياً : أن القول بعدم اعتبار السارق حارساً بدعوى انعدام سلطته القانونية على الشيء إنما هو قول غير دقيق وآية ذلك ، أن القانون يحمي الحائز ولو كان سيء النية ولا شك أن السارق يعتبر حائزاً للشيء المسروق مما يستتبع القول بأن له سلطة قانونية عليه وذلك يهدم القول بichtigkeit اعتماد الحراسة على تصرف قانوني لانتقالها إلى آخر .

ثالثاً : أن هذه النظرية تستتبع من النتائج العملية ما يجافي العدالة بوقفين إذ أنها تجعل المالك مسئولاً عن حراسة ما سرق منه خلال المدة التي يحق له فيها استرداده ، وحيث أن السارق لا يستطيع نقل حراسته المسروق إلى شخص آخر ولو كان حسن النية لانعدام سلطته القانونية على الشيء . فإن ذلك يستتبع القول بإمكان تتابع الأيدي الحائزة له مادياً ومع ذلك يظل المالك مسئولاً عن حراسة ذلك المسروق فيجتمع عليه بذلك مصيبة سلب ماله وتبعة المسؤولية عن جناية غيره (١) ، ولا شك أن هذه النتيجة تصدم الإحساس بالعدالة عند جمهور الناس فضلاً عن رجال القانون .

بين الحراسة والملكية حيث قضت بأن قرينة الخطأ الواردة بالمادة ١٣٨٤ لا ترتبط بصفة المالك لكنها ترتبط بصفة حارس الشيء المذني أحدث الضرر ومن ثم فإن المالك قد يعتبر حارساً للشيء ولكنه ليس هناك ما يمنع من أن تتحقق صفة الحراسة لشخص آخر وبالتالي فانسببه يفترض فرضاً قابلاً لإثبات عكسه أن المالك هو الحارس وذلك على أساس أن له كل السلطات الممكنة على الشيء وتظل له تلك الصفة حتى يثبت نقلها عنه " نقض مدني فرنسي في ١٢ يناير ١٩٢٧ .
دالوز الدوري ١٩٢٧ - ٤٥ - وتعليق سافاتييه .

(١) د / محمد لبیب شنب فی رسالته السابقة ف ٥٧ ص ٨٠

— نعيم عطيه في مقال له " تحديد مدلول الحراسة على الجمادات — مقال منشور في مجلة المحاماة ، ص ٣٦ ع ٤ ص ٦٢١ .

وفضلاً عما تقدم فإن القول بهذه النظرية قد يستتبع التشجيع على ارتكاب الجريمة نظراً لعلم السارق بتحمل غيره ل مسئولية الحراسة عن ذلك الشيء الممسروق (١)

لكل ذلك تحول الفقه والقضاء عن نظرية الحراسة القانونية وكان الحكم الحاسم في هذا الصدد هو حكم الدوائر المجتمعة لهيئة النقض الفرنسية الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٤١ م حيث قرر هذا الحكم " أن حرمان مالك الشيء من استعماله ورقابته وتوجيهه يزيل عنه صفة المالك " (٢)

(١) د/عاطف النقيب في النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن فعل الاشياء في مبادئها القانونية واجهها العملية منشورات عويدات ، بيروت ص ١٧ وما بعدها .

(٢) وقد عرف القرار المبحث فيه بقرار " فرانك " Franck " وقد ورد فيه

" Attendu que rejeter la demande des consort connotiarret declare au au moment ou iaccident est produit franck de possed e de sa voiture par leffet du vol se thouvant dans linpossibilite d'exercer sur la di be voiture aucune surveillance qu' en ietat de cette constatalon de laquelle il. resulte que francit prive de usage de la direction et du. controle de sa voiture n'en avait plus la garde et netait plus soumis a la eresomption de responsabilite point viole le texte precite" JCP 42 11-776. sirey 411, 411,217.

وترجمة هذا الحكم كما يلي " حيث ان الحكم المطعون فيه قد رفض دعوى الورثة تأسيساً على ان المدعى عليه وقت ارتكاب الحادث كان قد تجسرد من سيارته بفعل السرقة ومن ثم كان يستحيل عليه ان يباشر عليها أدنى رقابة ، ولما كان صاحب السيارة قد حرم من استعمال سيارته ومن =

ب - نظرية الحراسة الفعلية :

يتحدد مناط الحراسة وفقا لهذه النظرية بتوافر السلطة في استعمال الشئ ورقابته وتوجيهه وذلك بصرف النظر عما اذا كانت هذه السلطة

== رقابتها وتوجيهها فقد زالت عنه صفة الجراسة ولم يعد ثمة محل لائسارة قرينة المسؤولية التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني في حقه ، وبالتالي فان حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه عندما قرر مساءلة المدعى عليه لم يجانب العوالب في تطبيق المادة ١١١/١٣٨٤ .

وقد علق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم في مؤلفه المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية - القسم الثاني - الاحكام الخاصة ، ط معهد الدراسات العاليه ١٩٦٠ ف ١٢٩٤ ، ص ١٦٤ هامش ١/ قائلا انه : " كان يمكن القول في هذه الحالة بمسؤولية مالك السيارة الى جانب مسؤولية السارق تطبيقا لنظرية تعادل الاسباب (التي تأخذ بها محكمة النقض الفرنسية) ان كان قد وقع من المالك تقصير في حفظ السيارة لولا ما امكن سرقته ولا سيطرة السارق عليها تلك السيطرة التي أدت الى وقوع الفعل الضار ، غير ان محكمة النقض " الفرنسية " ابت متابعة منطق نظرية تعادل الاسباب الى هذا الحد ، فقضت دائرتها المدنية في ٦ يناير ، ١٢ ، ١٥ مارس من سنة ١٩٤٣ بأن تقصير المالك في المحافظة على سيارته والجهولة دون سرقته لا يعتبر دورا ايجابيا في حدوث الضرر ويظهر من ذلك أن مقتضيات العدالة حلت محكمة النقض على الانحراف في هذا الموضوع عن نظرية تعادل الاسباب والاخذ بنظرية السببية الفعال "

تنهض على حق قانوني أم لم تكن كذلك . (١)

ولا ريب في أن توافر تلك السلطات في يد شخص ما إنما يستتبع القبول بتحقيق سيطرته الفعلية على هذا الشيء ومن ثم فإن الحارس وفقاً لهذه النظرية هو من له السيطرة الفعلية على الشيء ولو لم يستند في سيطرته تلك إلى حق ما . وبالتالي فإنه لا يشترط في الحارس أن يكون مالكا للشيء أو صاحب حق عيني عليه كالمنتفع أو صاحب حق شخصي كالمستأجر والمستعير كما أنه لا يشترط مشروعية يد الحارس على هذا الشيء إذ يعتبر السارق والغاصب حارساً متى توافرت له السيطرة الفعلية على الشيء المسروق والمغصوب . (٢)

(١) انظر في ذلك الاستاذ بيشو في رسالته " استقلال المسؤولية عن فعل الأشياء والمسؤولية عن فعل الغير أمام القضاء المعاصر " باريس ١٩٣٣ ص ١٥٤ حيث يقول " أن مقارنة بسيطة للمادة ١٣٨٤ / ١ مع المادتين ١٣٨٥ ، ١٣٨٦ كافية لاستبعاد معاني الملك " عن الحارس " Bichot, jacques: l'autonomie de al responsabilite de fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine.

وانظر كذلك : د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ص ١٠٢ .
والاحكام العديدة التي اشار اليها في هامش ص ١٠٣ .
- د / محمد لبيب شنب في المرجع السابق ف ٥٨ ص ٨٠ وما بعدها .
- د / محمد نصر رفاعي في رسالته المرجع السابق ف ٤٢٦ ص ٥٣٨ وما بعدها .
- د / سهير منتصر في رسالتها المرجع السابق ص ١١٧ وما بعدها .
(٢) انظر في ذلك : رودير في المسؤولية ف ١٥٤٠ ص ١٦٧ ، مازون في المسؤولية ح ٢ ف ١١٦٠ ، جان لوفي المسؤولية عن حوادث السيارات ١٩٣٢ ، ٩٥ .

Loup (Jean): la responsabilite de. droit acuses par. les automobiles.

وانظر كذلك : د / السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٧٢٦ ص ٢٢٨ د / لبيب شنب في رسالته ف ٥٨ - د / عبد الحى حجازي في النظرية العامة للالتزام ح ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٥٥٢ ، د / جميل الشرقاوي

وفضلا عما تقدم فان الحراسة وفقا لهذه النظرية لا تستلزم تحقق الحياة المادية للشيء حيث انها تقوم على السلطة ومتى انتفت السلطة عن الحائز فانه لن يكون حارسا كما ان انتفاء الحياة المادية لا يعنى بالضرورة فقد الحراسة طالما ان سلطة الحائز لاتزال قائمة على الشيء . (١)

ولئن كانت السلطة الفعلية هي مناط الحراسة وفقا لهذه النظرية ، فان الممارسة الفعلية لها ليست بشروط لاعتبار الشخص حارسا حيث تثبت هذه الصفة للشخص ولو لم يمارس سلطته الفعلية على الشيء ولو لم يستعمله مادامت هذه السلطة ثابتة له واقتنعت منازعته فيها . (٢)

وغنى عن البيان ان انتفاء السلطة الفعلية على الوجه المتقدم يستتبع القول بعدم اعتبار الشخص مسئولا عن الشيء بوصفه حارسا له .

وتطبيقا لذلك فان التابع لا يكون حارسا للشيء الذى يحوزه (٣) كما هـى الحال فى السائق الاجير لسيارة مملوكة لغيره ، اذ ان السائق وان كانت يده على الشيء الا انها حيازة مادية محضة لاتخوله سلطة الامور على الشيء حيث تظل هذه السلطة لمالك السيارة ولاعبرة فى مثل تلك الحالة بما اذا كانت علاقة التابع بالتبوع قائمة على عقد كما تقدم اولم تكن قائمة على ذلك كمعلاقة

في النظرية العامة للالتزام ح ٢ مصادر الالتزام ط ٢٦ ص ٥٥٠ ،

د / محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٢٠٠

(١) ، (٢) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٥١ ص ٨٤ .

(٣) نقض مدنى فرنسى فى ١٧ ابريل ١٩٤٧ ، د اللوز ١٩٤٧ ص ٥٦٢ ، ونقض

مدنى فرنسى فى ٦ يونية ١٩٥٢ ، د اللوز ١٩٥٢ قسم الاحكام المختصرة

ص ٦٢ ونقض مدنى فرنسى فى ٢٦ / ٣ / ١٩٧١ - مجلة الاسبوع القانونى

J.C,P (se mame juridique) فى ١٩٧٢ و ١٦٩٥٧

وانظر د / السنهورى فى المرجع السابق ف ١٠٧ ص ١٢٧ د / لبيب شنب

فى المرجع السابق ف ١٠٧ ص ١٢٦ وما بعدها د / حشمت ابو ستيت

فى مصادر الالتزام ط ١٩٦٣ ف ٥١٢ ص ٢٤٩ د / سليمان مرقص

فى العمل الضار ف ١٦٦ والاحكام الخاصة بالمرجع السابق ، ف ١٧٩

ص ١٦٥ د / انور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ح ١ مصادر

الالتزام ط ١٩٦٢ ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .

الزوج بزوجه وعلاقة الابن بوالده ، كما انه لا يشترط لقيامها تقاضى التابع لاجر مقابل عمله أو علمه بالاصول الفنية لعمل المتبوع ، اذ ان الشرط الوحيد لذلك هو ان يعمل التابع لحساب متبوعه اما اذا استأثر التابع باستعمال الشئ لحسابه واستخدمه لمصلحته الذاتية فانه يعتبر في هذه الحالة حارسا .

موقف الفقه والقضاء المصري :

اوضحنا فيما تقدم ان الفقه المصري يرى بحق ضرورة الالتجاء الى كل من المادة ١٧٦ ، ١٧٧ مدنى لتحديد مفهوم الحراسة للاسباب التى ذكرناها من قبل وانتهينا الى ان الرجوع الى نص هاتين المادتين ينصح عن انه لا تلازم بين الملكية والحراسة كما ان لا تلازم بين الحراسة وبين الحياة المادية للشئ .

وفيما يبدو لنا فان هذه النتيجة لا بد انها مفضية الى القول بأن التقنين المدنى المصرى يعتنق نظرية الحراسة الفعلية على الشئ ، ومصدر ذلك ان انتفاء التلازم بين الحراسة والملكية ينفى ضرورة قيام الاولى على اساس الحراسة القانونية ، وذلك فضلا عما دل عليه المادة ١٧٧ من انتفاء التلازم بين الحراسة وبين مجرد الحياة المادية للشئ ، ومتى انتفى قصد المقتنن الى كفاية هذه الحياة لتحقيق مفهوم الحراسة فمن البدهى ان يضم اليها ما يصلح ان يكون مبررا للمسئولية فى تلك الحالة ولن يكون ذلك الا فى نظرية الحراسة الفعلية بعناصرها القانونية ، والاضافة الى ذلك فانه اذا كان القانون المدنى الفرنسى يمثل المصدر التاريخى للنصوص القانونية المصرية المتعلقة بالحراسة فان تلك النصوص قد اقرت فى الوقت الذى استقر فيه الفقه والقضاء الفرنسيين على الاخذ بنظرية السلطة الفعلية كمناط لتحديد مفهوم الحراسة (١) وذلك ما يجمع عليه الفقه المصرى . (٢)

(١) انظر فى ذلك د / محمد نصر الدين فى رسالته السابقة ، ف ٤٢٧ ، ص ٥٤٠ ، ٥٤١ .

د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ١١٥ ، ٢٢٦ .

(٢) انظر فى ذلك : د / السنهورى فى الوسيط ج ١ ط ٢ ف ٧٢٦ ص ٣٢٨ ،

وهو ما جرى عليه قضاء النقض المصري منذ صدور القانون المدني الحالي ونفى ذلك تقول محكمة النقض ان " حارس الاشياء الذي يفترض هذا الخطأ نفسى جانبه على مقتضى نص المادة ١٧٨ من القانون المدني هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية على الشئ قصداً واستقلالاً " ذلك ان العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هى سيطرة الشخص على الشئ سيطرة فعلية لحساب نفسه " (١)

- د / عبد الفتاح عبد الباقي فى المرجع السابق ف ٤٩ ص ١٢٠ - دكتور
حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام ط ٢ ف ٥٥٢ ص ٥٠٨ - دكتور
عبد المنعم فرج العدة فى مصادر الالتزام ط ١٩٦٠ ف ٥٢٣ ص ٥٨٠
دكتور طليب شنب فى المرجع السابق ف ٦٠ ص ٨٢ - د / منصور
مصطفى منصور فى مذكرات فى مصادر الالتزام ١٩٧٢ ص ١٩١ - دكتور
محمد كامل مرسى فى الالتزامات ح ٢ ط ١٩٥٥ ف ١٧١ ص ٣١٢ -
د / عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ح ٢ مصادر الالتزام
ط ١٩٥٤ ف ٧٩٦ ص ٥٥١ - د / سليمان مرقص فى الفعل الضار
ط ١٩٥٦ ف ١٦٦ ص ١٨ ، محاضرات فى المسئولية المدنية نفسى
تقنيات البلاد العربية ط الدراسات العربية ١٩٦٠ بالقسم الثانى
ف ١٧٩ ص ١٦٥ - د / جمال الشرقاوى فى المرجع السابق مصادر
الالتزام ط ٧٦ ص ٥٠٠ ، انور سلطان فى المرجع السابق ف ٥٦٦ ،
ص ٦١٩ ط ١٩٦٢ .
- (١) - د / عبد الرازق حسن فرج فى المصادر غير الارادية ف ٥٥ ص ٦٧ .
- د / سير تناغو فى نظرية الالتزام ط ١٩٧٥ ف ٢٤٦ ص ٣٤٤ .
- د / نعمان جمعه فى دروس فى الواقعة القانونية ط ١٩٧٢ ص ١١٤ .
- د / حسن عكوش فى المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى
الجديد ف ٢١٢ ص ٤٢٦ ط ١٩٧٣ .
- د / محمود جمال الدين زكى فى المرجع السابق ف ٣٠٧ ص ٥٥٧ .
- الاستاذ حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط ١٩٥٦
ح ١ ف ٦٩٩ ص ٧١٣ - د / احمد سلامة فى مصادر الالتزام ط ٧٥
ف ٢٧٤ ص ٣٣٠ - ١ - نقض مدنى فى ٢٥ / ٤ / ٧٨ الطعن رقم ١٤٩
س ٢٩ ص ١٠٩٤ الموسوعة الذهبية للاستاذين حسن الفكهانى
وعبد المنعم حسنى ، الاصدار المدنى ح ٩ ص ٨٤ - ٨٧ ط الصادر
العربية للموسوعات ١٩٨٢ ، وانظر نقض مدنى فى ١٢ / ٤ / ١٩٧٩ الطعن
١٣٠ لسنة ٤٤ ق ونقض مدنى فى ٢٤ / ٤ / ١٩٧٨ الطعن رقم ٨٥٠ ،
لسنة ٤٤ ق .

المطلب الثاني عناصر الحراسة الفعلية

تنهض الحراسة الفعلية على عنصرين احدهما مادي والاخر معنوي .
أولاً : العنصر المادي للحراسة :

وتتمثل مظاهر هذا العنصر في استعمال الشئ وتوجيهه ورقابته ..
ونشير فيما يلي الى المقصود بهذه المظاهر المادية للحراسة الفعلية :
أ - سلطة الاستعمال :

يقصد بالاستعمال : سلطة الشخص في استعمال الشئ كأداة لتحقيق
غرض معين وفق ما أعد له ذلك الشئ بطبيعته (١) فاستعمال السيارة يكسبون
بركوبها وحمل الاثقال عليها واستعمال آلة النسيج مثلاً يكون باستخدامها
في صناعة المنسوجات ، كما يدخل في مفهوم تلك السلطة استخدام الشئ
لعمل من اعمال المهنة ومن ثم فان الميكانيكي الذي يقوم باصلاح السيارة
يعتبر مستعملاً لها اثناء فترة الاصلاح والامر كذلك بالنسبة لمتعهد النقل
حيث يعتبر مستعملاً للأشياء التي ينقلها اثناء عملية النقل وبالتالي فانه يعتبر
حارساً لما تعهد بنقله (٢)

(١) جولدمان في رسالته تحديد الحارس المسئول عن فعل الاشياء غير
الحية ف ١٢٣ ص ١٩٩ .

- د / عبد الفتاح عبد الباقي في محاضراته السابقة ف ٤٠ ص ١٠٤ .

- د / لبيب شنب في رسالته ف ١٢٣ ص ١٩٩ .

- د / سهير منتصر في رسالتها ص ١١٨ ، ١٢٠ .

- هـ / محمد نصر رفاعي في رسالته السابقة ف ٩١ ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٢) سافاتييه في المسئولية ح ١ ف ٣٣٢ ص ٤٧٦ ، مازوا في المسئولية
ح ٢ ط ٥ ف ١٠٩٠ .

- د / سليمان مرقس في الاحكام الخاصة ، المرجع السابق ، ف ١٧٩
ص ١٦٣ .

- د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٢٤ .

- هـ / سهير منتصر في رسالتها ص ١١٩ .

- د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .

ولافرق في هذا الصدد بين استعمال الشيء لغاية مادية او استعماله لغاية معنوية ، اذ يتحقق بهذه الاخيرة مفهوم الاستعمال كما هو متحقق بالاولى وبالتالي فانه يعتبر حارسا ذلك الذي تطوع بنقل صديقه مجانا من مكان لاخر بواسطة السيارة المملوكة للاول وذلك على الرغم من انه لم يجن فائدة من وراء هذا الاستعمال (١)

وفضلا عن ذلك فانه لا يلزم لتحقيق الاستعمال توافر الحياة المادية على الشيء متى كانت سلطة استخدامه في يد حارسه كما لو عهد المالك الشيء تابعه في استعمال الشيء في حدود ما يراه الاول ، اذ يكون استعمال التابع للشيء حاصلا طبقا لارادة الحارس الذي شاء ان يجرى الاستعمال على هذا الوجه (٢)

كما انه لا يلزم الاستمرار في استعمال الشيء ليعقى الحارس مسئولا عنه كما لو توقف استعمال المزارع لمحراثه الآلى طيلة الفترة التي لا تحتاج فيها أرضه للحراث ، اذ تظل الحراسة بيده طالما انه مابرج صاحب السلطة فسي اعطاء الامرازا كل ما يتعلق به (٣)

وينبغي أن تشير في هذا الصدد الى الامور التالية :

١ - أن تعدد المستعملين للشيء يقتضى تحديد من له الحراسة عليه وقت استعماله وتوجيهه ورقابته كما لو تعدد استعمال السيارة الواحد من المالك والتابع والابن ، اذ تثبت الحراسة للمالك فيما لو استعمل

(١) د / لبيب شنب في المرجع السابق ف ٦٥ ص ٨٦ .

- د / محمد نصر الدين رفاعى في رسالته السابقة ف ٩١ ص ١٥٧ ، ١٥٨

- د / بدر جاسم يعقوب في رسالته المسئولية عن استعمال الايلاء الخطرة

في القانون الكويتى - رسالة مقدمة الى حقوق القاهرة في ١٩٧٧ ، ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) مازو في المسئولية ح ٢ ف ١٠٩٠ ، ستارك في الالتزامات ف ٤٧١

جوسران في القانون المدنى ح ٢ ف ٥١٧ ، سافاتييه في المسئولية

ح ١ ف ٣٧٢ ص ٤٧٦ ، د / سليمان مرقص في الاحكام الخاصة

ف ١٧٩ ص ١٦٣ - د / لبيب شنب في رسالته ف ٦٥ ص ٨٦ ، دكتور

سهيير منتصر في رسالتها ص ١٢٠ ، د / بدر جاسم في رسالته السابقة ص ٥٤

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٦٤ .

سيارته بنفسه او بواسطة تابعه ، اما لو انفرد الابن باستعمالها لغاية شخصية لم يكلفه بها والده ولا علاقة له بها فان الحراسة تسمى بيد الابن ويكون انتقالها اليه بواسطة اعارة مفترضة تبررها العلاقة العائلية (١)

٢ - أن سلطة الاستعمال يجب توافرها عند وقوع الضرر حتى يتسنى اعتبار الشخص المستعمل للشيء مسئولا عما ينشأ عنه من اضرار .

ومن ثم : فانه لا يمكن مساءلة من لم تثبت له تلك السلطة في اى وقت من الاوقات أو لان سلطته في استعمال الشيء قد زالت أو لأن هذه السلطة لم تنشأ بعد .

وتطبيقا لذلك : فانه لا يمكن اعتبار مالك الشيء المسروق حارسا له حتى لو استرده بعد وقوع الضرر مادام هذا الاخير قد وقع أو تحقق في الفترة ما بين السرقة والاسترداد وذلك نظرا لان المالك لم يكن مستعملا للشيء وقت وقوع الضرر (٢)

٣ - انه يستوى في المسؤولية عن الاشياء ان تكون سلطة الاستعمال مستمدة الى سلطة شرعية أم لم تكن كذلك .

ومثال الاولى : ما لو استندت هذه السلطة الى حق عيني على الشيء كحق الملكية وحق الانتفاع أو كانت مستمدة الى حق شخصي كحق الاستأجر والمستعير أو كانت مستمدة الى قانون كما هي الحال في التأمين أو الى قرار ادارى صادر من السلطة العامة كالاستيلاء على الشيء للمصلحة العامة .

ومثال الثانية : الاستعمال الجنى على عمل غير مشروع كالسرقة والغصب (٣)

(١) د / عاطف النقيب في المرجع السابق .

(٢) جولدمان في رسالته ف ٨٢ ص ١٣٦ ، ستارك في رسالته ص ٢٤٦ .

كولان وكابيتان في مطول القانون المدني ح ٢ ف ١١٩٦ ص ٦٨٠

Colin, A et copitant, H:traite de droit civil
daloz, 1959.

- د / لبيب شنب في المرجع السابق ف ٦٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

(٣) د / السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ .

- د / لبيب شنب في رسالته ف ٦٥ ص ٨٧ .

ب - سلطة التوجيه :

يتجلى مدلول التوجيه في معنيين أحدهما مادي والآخر معنوي ،
أما مدلوله المادي فإنه يتمثل في وضع اليد على الشيء لإدارته فعلا
وذلك كالعامل الذي يضع يده على محرك السيارة ليستعملها (١)

أما مدلوله المعنوي فإنه يتمثل في سلطة الأمر التي تفرزها استعداد الشيء
واسلوب استعماله وأغراض هذا الاستعمال وذلك فضلا عن تحديد المستفيد
منه (٢)

فللمالك السيارة مثلا سلطة بقائها في حظيرتها أو إخراجها منها ولله
سلطة تعيين الشخص المسموح له بقيادتها وتحديد الأماكن التي يمكن لـه
الذهاب إليها والطرق التي يسلكها (٣)

ولارب أن التوجيه المعنوي هو المقصود هنا ، إذ لا ارتباط بين
السلطة على الشيء وبين الحياة المادية له ، ومن ثم فإن هذا المدلول المعنوي
للتوجيه يتسع ليستوعب الحالات التي يكون فيها الشيء في حيازة مالكه مع بقاء
سلطته عليه كما لو ترك شخص سيارته في محطة المسك الحديدية ريثما يعود

-
- (١) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٢٥ -
(٢) مازوا في المسؤولية ج٢ ف ١١٦٠ - جولدمان في رسالته ف ١١٢
ص ١٨٥ ، د / محمد ليب شنب في رسالته ف ٦٦ ص ٨٨ .
- د / محمد نصر الدين رفاعي في رسالته ف ٩٢ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .
- د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق ف ٤٠ ص ١٥٤ .
- د / أحمد شوقي عبد الرحمن في مسئولية المتبوع باعتباره حارسا ف ٦٩ ،
ص ٦٥ .

- (٣) د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق .
- د / ليب شنب ف ٦٦ ص ٦٨ ، د / سهير منتصر في رسالتها ص ١٢
- د / بدر جاسم في رسالته ص ٥٤ .

من السفر ، اذ يظل حارسا لها لاحتفاظه بسلطة توجيهها حيث يستطيع الامر باستخدامها على الصورة التي يراها (١)

ج - سلطة الرقابة :

تتمثل هذه السلطة في ملاحظة الشيء وتتبع استعماله وفحصه واصلاح ما قد يظهر فيه من عيب (٢) وبالتالي فان الرقابة تقع على الشيء ذاته لا على استعماله .

وهذه الرقابة لا تعنى بالضرورة بقاء الحارس الى جانب الشيء وملاحظته أو يعاينه ، اذ يمكن ان يكون لتلك الرقابة مدلول معنوي وذلك عندما يعهد صاحب الشيء الى شخص آخر بمراقبته فعليا اثناء استعماله اذ يظل صاحب الشيء مع ذلك هو الحارس له طالما ان سلطة الميعود اليه بالملاحظة تمثل امتدادا لسلطة الحارس أو انطلاقا منها .

ثانيا : العنصر المعنوي للحراسة :

لا يكفي لتوافر الحراسة وفقا للنظرية الاخيرة تحقق المظاهر المادية لها على النحو المتقدم ، اذ يلزم كذلك مباشرة هذه السلطات لحساب من يباشرها اي بقصد تحقيق مصلحة شخصية له وذلك هو ما يعبر عنه

-
- (١) مازو وجولد مان في المرجعين والموضعين ، سابعين .
- د / احمد شوقي عبد الرحمن في بحثه السابق ف ٦٩ ص ٦٥ .
- د / السنهوري في الوسيط ف ٢٢٦ .
- د / عاطف النقيب ص ٢٥ .
- د / سهير منتصر ص ١٢٠ ، د / عبد الحى حجازى في المرجع السابق ط ٢٩٦ ص ٥٥١ .
- د / حشمت ابوسنتيت في المرجع السابق ف ٥٥٢ ص ٥٠٨ .
(٢) جولد مان في رسالته ف ١١٢ ص ١٨٥ .
- د / لبيب شنب ف ٦٢ ص ٨٨ ، ٨٩ .
- د / بدر جاسم في رسالته السابقة ص ٥٥ .
- د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٢٥ .
وانظر كذلك ابتدائي القاهرة في ٢٠ أكتوبر ١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء
٢١ ٢٢ - ٥٢ .

بالعنصر المعنوي^(١) وهو ما جرى الفقه على التعبير عنه بوجوب استقلال الحارس في سيطرته على الشيء بمعنى ان لا يكون خاضعا لارادة أو رقابة أو توجيهه من الغير ودهى ان ذلك لا يتم الا اذا استعمل الشخص الشيء لحسابه ولمصلحته^(٢) ويستوى بعد ذلك ان تكون المصلحة مادية أو ادبيية كما لو استعمل شخص سيارته كسيارة اجرة أو قام شخص بتوصيل احد اصدقائه في سيارته على سبيل المجاملة ان يحقق بذلك مصلحة معنوية من وراء ذلك^(٣)

ولاشك أن اول الناس بافتراض جمعه لهذه السلطات انما هو مالك الشيء ، ومن ثم فانه يفترض انه هو حارسه وقع عليه عبء اثبات افتقاده

(١) وفي ذلك تقول محكمة النقض ان " الحراسة الموجبة للمسئولية طبقا لنص المادة ١٧٨ من القانون المدني انما تتحقق وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية نفسية الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه " نقض مدني في ١٢/٤/١٩٧٩ الطعن رقم ١٠٧٢ لسنة ٤٥ ق ، كما قضت بأن " النص في المادة ١٧٨ من القانون المدني على ان كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد له فيه ، يدل على ان الحارس الذي يفترض الخطأ في جانبه هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة على الشيء قصدا واستقلالاً ... " نقض مدني ١٣/٥/١٩٧٨ الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٥ ق - انظر في ذلك محمد كمال عبدالعزیز في التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ص ٧٠٠ .

(٢) انظر في ذلك : د / لبيب شنب في رسالته ف ٨٠ ص ٩٧ ، ٩٨ ، بدر جاسم في رسالته ص ٥ ، د / سليمان مرقص في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٦ ص ٢١٨ ، والاحكام الخاصة ف ١٧٩ ص ٦٥ ، د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٦٦ ص ٦٢٠ ونعظيم عطيه في مقاله " تحديد مدلول الحراسة على الجمادات ، مجلة المحاماه ص ٣٥ ع ٤ ص ٦٢٨ .

(٣) د / لبيب شنب ، د / بدر جاسم في المرجعين والمؤلفين السابقين .

هذه الحراسة او انتقالها منه (١)

-
- (١) مازو في المسؤولية ح ٢ ف ١١١٠ ، ١١٦٣ ، كولان وكابيتان في القانون المدني ح ٢ ف ١١٩٥ ص ٦٢٩ ، دالك في مطول المسؤولية المدنية ح ١ ط ٢ ف ٢٠٨٦ ص ٢٠٨٨
Daleg: Traite de la preponsabilite civile 1967.
وانظر كذلك : د / السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٧٠٠ ص ١١٩٦ ،
ف ٧٢٦ ص ١٢٢٨ ، د / حشمت ابوستيت في المرجع السابق
ف ٥٥٢ ص ٥١٠ ، د / عبد المنعم فرج الصدة ف ٥٥٤ ص ٧٠٠ ،
د / محمود جمال الدين زكي في الالتزامات ف ٣٠٧ ص ٥٥٨ ، دكتور
أحمد شوقي عبد الرحمن في المرجع السابق ف ٧١ ص ٦٧ ، دكتور /
سليمان مرقص في الفعل الضار ف ١٣٧ ، ٦٦٦ والاحكام الخاصة
ف ١٤٥ ص ١٨٩ .

المبحث الثالث

ماهية الحراسة وعناصرها في الفقه الاسلامي

تفصح النصوص الفقهية الخاصة بضمان الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة ومطابقة غير مباشرة عن ان الفقه الاسلامي يرتب المسؤولية على من له اليد على الشيء ولو لم يكن مالكا له (١)

بيد ان ذلك المفهوم يتجلى بصورة اكثر وضوحا بصدد حديث الفقهاء عن ضمان الاضرار الناشئة عن الحيوان ، اذ تنطقي تلك النصوص بتحمل من له اليد عليه لما ينشأ من اضرار تصيب الغير (٢) وذلك بصرف النظر عما اذا كانت هذه اليد مشروعة او كانت غير ذلك .

ومن ثم فانه يستوى في هذا الصدد ان يكون من له اليد على الحيوان مالكا او مستاجرا او مستعيرا او غاصبا او مودعا او وكيلا ... الخ (٣)

(١) انظر ما سبقت الاشارة اليه من نصوص فقهية بصدد الحديث عن مدى مشروعية المسؤولية عن اضرار الاشياء في الفقه الاسلامي

(٢) انظر في ذلك : السرخسي ح ٢٦ ص ١٩٠ حديث يعلل لضمان راسب الدابة او قائدها ان " الدابة في ايديهم وهم بصرفونها ويسيرونها كيف شاءوا " ولان الضمان لا يتعلق برقبتها بل بذى اليد عليها " الشرقاوى في حاشية على شرح التحرير ح ٢ ص ٤٤٨ ط الحلبي ولان " من الحيوان حاكما عليه كأداة بيده لان فعله منسوب اليه وعليه تعهده وحفظه " نهاية المحتاج ح ٨ ص ٣٨ ، " لان ... بيده لجامها وهو المتصرف فيها القادر على كفها " تبصرة الحكام ح ٢ ص ٣٥٣ وانظر كذلك حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ح ٦ ص ٢٤٢ .

(٣) انظر في ذلك : الانصارى في أسنى المطالب ح ٤ ص ١٧٣ حيث يقول " والمودع والمستأجر للحفظ كالمالك في ان كلا يضمن ما اتلفته الدابة بيده " كما يقول الرملى في فتاويه ح ٤ ص ٤٣ عند ما مثل عن رجل استعار ثورا عادة النطح وهو عالم به فساقه ثم نطح انسانا قات فاجاب " بان عاقلة المستعير تضمن دية الانسان المذكور لانه مقصد بارسال الثور المذكور فمثله ينبغي حفظه " كما يقول صاحب كشف القناع ح ٤ ص ٢٨ وضمن رب البهائم ومستعيرها ومستأجرها ومودعها ... وقياسه برهن واجير لحفظ

وذلك هو ما عبر عنه العزيز بن عبد السلام بقوله " والتقصير في حفظ الدابة لا يختص بمالكها بل يعم من قهر في ضبطها وحفظها من مالك أو غالب أو مودع أو مستعير أو مستأجر " (١)

ومن ثم : فإن الملك ليس هو مناط الضمان أو المسؤولية حيث إن المالك ذاته لا يسأل عن اضرار ما يملك من الحيوان بوصفه مالكا له وإنما بصفته راكبا أو سائقا أي واضعا يده عليه بصورة ما (٢)

وبالتالي فإن مناط الضمان أو المسؤولية عن اضرار الاشياء في الفقه الاسلامي إنما ينهض على ما يعرف في الفقه الوضعي بالحراسة الفعلية .

ولا تتحقق تلك المسؤولية في ظل الفقه الاسلامي الا حيث يتوافر لدى اليد على الشيء استعماله وتوجيهه ورقابته حيث عطل الفقهاء لضمان ذوي الايدي على الدابة في حالة تعددهم بانهم " يصرفونها ويمسكونها كيفما شاءوا " (٣) ولأن " من مع الحيوان حاكما عليه كأداة بيده وعليه تعهده " (٤)

اذ يصدق التصرف في الشيء وتعهدده وحفظه فيما يصدق عليه استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته .

بيد انه ليس بشرط لضمان أو مسؤولية ذي اليد على الشيء ان يباشر ذلك بنفسه فقد تثبت مسؤوليته استثناء عن اضرار الاشياء التي في حوزته مستتي باشر تلك السلطة تابعه الخاص وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي بالاجير الخاص اذ يجمع هذا الفقه على مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه في حالتين :

الاولى : وهي حالة الاجير الخاص :

وهو ذلك الشخص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه الى من استأجره خلال المدة المتفق عليها وان لم يعمل كالخادم في المنزل والاجير

(١) قواعد الاحكام ج ٢ ص ١٦٦ .

(٢) انظر في ذلك : سعود صالح في بحثه المسؤولية عن الضرر في الفقه الاسلامي ، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ص ١٨ ، ع ٤ .

ص ٤٤٨ .

(٣) السرخسي في الجسوط ج ٢٦ ص ١٩٠ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٨ .

فى المحل وسائق السيارة لمالكها وموظف الحكومة (١)

الحالة الثانية : وهى ما اطلاق عليه الفقهاء (حالة تلونذ الاستاذ)
ويقصد به الصانع الذى يعمل لمصلحة معلمه (٢) وذلك هو ما جبر عنه صاحب
المعنى بقوله : " اذا استأجر الاجير المشترك اجيرا خاصا كالخياط يستأجر
اجيرا مده يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى اجيره

(١) ويقابل الاجير الخالص الاجير المشترك وهو من لا يعمل لشخص واحد
على وجه التخصيص بل يعمل لكافة الناس كالصياغ والحداد والطبيب
ونحوهم ، اذ يستحق مثل هؤلاء اجورهم بعملهم لا بتسلم انفسهم وذلك
فضلا عن ان منافعه لم تمر لواحد بعينه وهذا غارق الاجير الخالص
الذى يختص من استأجره بمنفعته مدة العقد دون غيره .

(٢) انظر فى ذلك : البدائع ح ٤ ص ١٢٤ - تبين الحقائق ح ٥ ص ١٣٨
مجمع الضمانات ص ٢٧ ، ٢٨ ، الشرح الكبير وحاشيته الدسوقي
عليه ح ٤ ص ٢٨ ، معنى المحتاج ح ٢ ص ٢٥٢ ، المذهب ح ١
ص ٤١٤ وما بعدها ، المعنى ح ٥ ص ٤٧٩ ، ٤٨٢ ، المحلى
ح ٨ ص ٢٠١ ، الررض النضير ح ٣ ص ٣٢١ ، البحر الزخار ح ٤ ،
ص ٥٠ ، شرح النيل ح ٥ ص ١٦٨ .
وانظر كذلك : الضمان فى الفقه الاسلامى للمرحوم الاستاذ الشيخ
على الخفيف ص ١٨٥ .

- نظرية النسيان للدكتور / وهبه الزحيلي ص ١٦٥ ، المرحوم الاستاذ الشيخ
محمد شلتوت فى المسئولية المدنية والجنائية ص ٢٨ (د / فوزى
فيض الله فى رسالته المسئولية التقصيرية .

وتحمل التبعة بين الشريعة والقانون للدكتور / عبد الحميد
البدلى ص ٤٦٥ ، كلية الشريعة الفعل الموجب للضمان ، للدكتور /
محمد قارون العكان - ص ٣١١ - حقوق القاهرة ، ضمان المتلفات
: الفقه الاسلامى ص ٥٢٥ ، د / سليمان محمد احمد -
كلية الشريعة

فخرقه أو أنسده لم يضمنه لأنه أجير خاص وضمنه صاحب الدكان لأنه أجير مشترك (١).

الأن مسئولية المتبوع (أو الاجير المشترك) لاتنم الا اذا توافر لذلك شرطان :

الشرط الأول : أن ينتج الضرر عن العمل الواقع في حدود وظيفة التابع (الاجير الخاص) آله ومحلا وكيفية (٢) لأن المتبوع (الاجير المشترك) لايسأل عن عمل التابع (الاجير الخاص) الا في حدود ما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وذلك فيما يتعلق بشئون الوظيفة التي يؤديها وفي حدودها ، أما لو نتج الضرر عن عمل للتابع (الاجير الخاص) خارج حدود وظيفته فان المتبوع (الاجير المشترك) لا يضمن (٣).

الشرط الثاني : أن يكون ذلك العمل بأمر من المتبوع (الأجير المشترك) .

ومن ثم فإن عمل الأجير الخاص دون إذن من استأجره لا يرتب ضمان

(١) المغنى ج ٥ ص ٤٨٢ ، وانظر في هذا المعنى - جامع الفصوليين ج ٢ ص ١٢٢ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ١٣٨ ، مجمع الضمانات ص ٤٥ ، المدونة الكبرى ج ٣ ص ٣١ حيث جاء فيها " قلت أرأيت القصار (الدباغ) اذا أنسد أجيره شيئا أكون على الاجير شىء أم لا ؟ قال لا شىء على الاجير فيما أوشى على يديه الا ان يكون ضيع أو فرط أو تعدى قلت ويكون ضمان ذلك القصار على القصار لرب الثوب قال نعم " .

(٢) جامع الفصوليين ج ٢ ص ١٢٢ - فتاوى قاضيخان ج ٢ ص ٣١٧ ، ٣١٨ مجمع الضمانات ص ٤٢ ، ٤٣ - نظرية الضمان للزحيلي ص ١٦٥ ، ١٦٦

(٣) وفي ذلك يقول صاحب جامع الفصوليين في المرجع والموضع السابق :
" لو سقطت مدقة القصار من يد اجير القصاص أو تلميذه على ثوب من ثياب القصار فأتلفته فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصار فينسب اليه " وذلك بخلاف ما لو " سقطت على ثوب كان وديعة فأتلفته فالضمان على التلميذ " .

٢ - ما رواه ابو يوسف ان رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه وقال له " يا أمير المؤمنين: زرعت زرعاً فمرو به جيش من أهل الشام فأفسدوه فموضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم " (١)

٣ - ما روى ان شرطياً فى عهد حفربثرا فى سوق عامه توقع فيه انسان فمات ورفع الامر الى الخليفة فحكم على الوالى الذى يتبعه الشرطى بالدية لاهل القتل (٢)

خلاصة ومقارنة

يتضح لنا ما سبق ان مدلول الحراسة بحسب ما استقر عليه الفقه والقضاء لا يختلف عما سبق اليه الفقه الاسلامى سواء من حيث ماهية الحراسة أو من حيث ما يجب ان يتوافر لتحقيقها من عناصر .

كما يتفق القانون المدنى مع الفقه الاسلامى فى مسئولية المتبوع عن الأضرار التى تنشأ عن عمل التابع طالما كان ذلك فى حدود وظيفة هذا الأخير أو بسببها .

بيد أن هناك قدراً من الخلاف بينهما وهو ينحصر فى أمرين :

الامر الاول : ان القانون المدنى يرى جواز رجوع المتبوع على تابعه بما أداه الاول من ذلك بخلاف ما يراه الفقه الاسلامى من عدم جواز هذا الرجوع .

الامر الثانى : ان الفقه الاسلامى قد ربط بين مسئولية المتبوع وبين اعتبار يند التابع بدأمة ، ومن ثم حدد نطاق مسئولية الاول بما ينشأ عن تلك اليد من اضرار والتالى فان هذه المسئولية لا تنشور عن فعل التابع متى نشأ الضرر عن تعدد منه او كان ذلك دون امر متبوع حتى وان كان ذلك فى حدود وظيفته .
ون ذلك فى حين ان القانون المدنى قد حدد نطاق مسئولية المتبوع بما يقع من

(١) الخراج لابی يوسف ص ٦٨ .

(٥) اعلام الموقعين ح ٢ ص ١٧ و ١٨ .

- الموطأ ح ٢ ص ٢٤٨ .

- الزرقانى على الموطأ ح ٦ ص ٦٤ و ٦٥ .

التابع من الفعل الضار بصرف النظر عن كونه مشروعاً أو غير مشروع طالما كان ذلك أثناء تأدية وظيفته أو بسببها م ١٧٥ مدنى مصرى *
وبالتالى فان نطاق تلك المسئولية فى ظل القانون المدنى أوسع منه فى
الفقه الاسلامى (١)

وتجدر الإشارة بصدد الحديث عن مدلول الحراسة فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى ان تعبير اليد الذى استعمله الفقه الاسلامى للدلالة على السيطرة الفعلية على الشئ * لهو اذق من تعبير الحراسة الذى قد يختص به بعقد الحراسة والذي يلتزم فيه الحارس بالمحافظة على الاموال المعهود اليه بحراستها م ٧٣٤ مدنى مصرى * وذلك فضلاً عن ان الدلالة العرفية لتعبير اليد تتطابق مع دلالة الشرعية ، وذلك بخلاف مصطلح الحراسة الذى تفتقر دلالة العرفية عن دلالة القانونية ، اذ تعنى الدلالة الاولى لهذا اللفظ مجرد المحافظة او الرقابة ، وندى ان ذلك المعنى لا يصلح للتعبير عن حقيقة الحراسة المقصودة فى نطاق المسئولية عن الاشياء * وقد يحل ذلك على اللبس فى بعض الاحيان ، اذ يمكن بحسب ما تفصح عنه الدلالة العرفية للفظ الحراسة : ان يتصور التابع حارساً للشئ * لكونه يستعمله استعمالاً فعلياً وان كان ذلك لحساب متبوعه ، وذلك على الرغم من ان التابع لا يصح اعتباره الحاس المسئول عن الضرر والملتزم بالتعويض عنه * وما كان ذلك اللبس الا لاختلاف الدلالة العرفية لهذا المصطلح عن دلالة اللغوية *

والاضافة الى ما تقدم فان استعمال التعبير الشرعى ينبى عن اصالته فقهية تضرب بجذورها فى عمق المسار التاريخى للفكر التشريعى مما يشمل بدوره معلماً من معالم الفخار والاستقلال الفكرى على مدار التاريخ *

(١) انظر تفصيل ذلك : الفعل الموجب للضمان للدكتور / العكس
رجع السابق ص ٣١٧ و ٣١٨ *

الفصل الثاني مدى قبول الحراسة للتجزئة

متى اجتمعت السلطات الثلاث المكونة للعنصر المادى للحراسة الفعلية فضلا عن توافر عناصرها المعنوى . فإن الامر لا يثير خلافا حول تحديد الحارس حيث لا منازع لمن استجميع تلك السلطات فى سيطرته الفعلية على الشئ . كما عمو الشأن بالنسبة للمالك الذى بقى الشئ تحت سلطته دون أن تنتقل الى غيره باى وجه من الوجوه الناقلة لها ومن ثم فإنه يكون وحده المسئول عن الضرر الناشئ عن الشئ سواء كان مرده الى طريقة استعماله له أم كان مرده الى السى خلل أو عيب فيه . بيد أن المشكلة تثار عندما تتوزع تلك السلطات بين أكثر من شخص إذ يجب البحث فى هذه الحالة عن يكون مسئولا عن الاضرار الناجمة عن الشئ .

فقد يحدث أن تنفصل سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة كما لو أجرة شخص سيارة لآخر أو اعارها له وكانت سلطة المستأجر أو المستعير لا تتعلق بى استعمال الشئ دون أن تمتد الى صيانته وإصلاحه ويتضح فيما بعد ان عيبا فى الشئ أدى الى حدوث الضرر .

وقد يحدث أن تنفصل سلطة الاستعمال عن سلطة التوجيه كما لو أجرة شخص سيارته لآخر واحتفظ الاول لنفسه بالحق فى توجيهها على النحو المتقدم لمفهوم التوجيه .

وهنا يثار التساؤل حول الحارس المسئول فى تلك الحالة أهو الميسارس سلطة الاستعمال على الشئ أم هو من يحتفظ لنفسه بالحق فى رقبته وتوجيهه ؟ وتلك هى المشكلة التى عرفت فى الفقه بمشكلة تجزئة الحراسة والتى اختلف الفقه ازاء مدى تحققها الى الاتجاهين التاليين .

الاتجاه الاول : يرى أنه ليس ثمة ما يمنع من تجزئة الحراسة على الشئ تبعاً لتجزئة السلطة عليه مستنداً على ذلك بما يلى :

أولاً : لأن الحار من على الشئ إنما يتعين من خلال سلطته عليه وذلك يستتبع القول بان حدود تلك السلطة هى التى تحدد هذه الحراسة .

ومن ثم : فإنه اذا كان منشأ الضرر راجع الى استعمال الشئ فإن الحارس المسئول عنه يتعين فيمن له سلطة استعمال هذا الشئ ،

أما إذا كان مرد الضرر إلى عيب في تكوينه كان الحارس المسئول عنه هو من له سلطة الرقابة على هذا الشيء (١)

ثانياً : لأنه ليس من العدل أن يتحمل الشخص الذي تسلم الشيء لاستعماله في غرض محدد نتيجة الأضرار التي يحدثها الشيء لعوامل داخلية كامن فيه مع أنه لا علم له بها حيث لا سلطان له عليها .

كما أنه ليس من العدل كذلك أن يتحمل صاحب سلطة الرقابة الأضرار التي تترتب على استعمال الشيء في الوقت الذي لا علاقة له بهذا الاستعمال .

ثالثاً : لأنه ليس شئ صعب تصادف الضرور عند محاولة إثبات ما إذا كان مرجع الضرر إلى استعمال الشيء أم إلى عيب فيه ، إذ أن الفرض العادي هو توافر سلطة الرقابة لمن توافرت له سلطة استعمال الشيء ومن ثم فإنه يفترض في استعمال الشيء أنه يراقبه ، وبالتالي فإنه لا يكون على الضرور إلا أن يثبت مقدماً سبب الضرور وذلك فضلاً عن حقه في مقاضاة من له حق الرقابة على الشيء متى ثبت عدم نسبة الضرر إلى استعماله . وذلك هو ما ذهب إليه جمهور الفقه والقضاء المصري والفرنسي (٢)

(١) وذلك هو ما حدى بانصار هذا الاتجاه إلى التفرقة بين حراسة الاستعمال وحراسة التكوين حيث يرون أن حارس الاستعمال هو من له سلطة استعمال الشيء أما حارس التكوين فهو من له سلطة الرقابة عليه .

انظر في ذلك د / سهر مشصر في رسالتها السابقة ص ٢٨ وما بعدها كما ذهب البعض إلى تفضيل تسميتها بحراسة داخلية وحراسة خارجية انظر في تفصيل ذلك د / أحمد شوقي عبد الرحمن في بحثه السابق ف ١٠٤ ص ٩٩ .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : مازو في المسئولية خلاف ١١٨٠ ص ١١٨٦ جولدمان في رسالته ف ١٣٢ ص ٢٠٨ . وانظر كذلك نقض مدني فرنسي ١٨/٦/١٩٢٥ - المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٦ ص ١٤٦ .

الافجاء الثانى : ويرى ان الحراسة لا يمكن ان تتجزأ وذلك لعدة اـمـور
مجملها فيما يلى :

اولا : لان انفصال سلطة الاستعمال عن سلطة الرقابة او التوجيه - على فرض
تحققه - لايعنى تجزئة الحراسة ووجود اكثر من حارس للشيء - ومسود
ذلك : ان هذه السلطات وان كانت تمثل المظهر المادى للسيطرة
الامة التى هى مناط تحقق الحراسة الا انه لايلزم لتحقيقها استجماع
تلك السلطات كلها فى يد واحدة ، اذ ليس ثمة ما يمنع من تحقيقها
حتى مع انعدام سلطة الرقابة او التوجيه ، حيث تكفى سلطة الاستعمال

وانظر د / السنبورى فى الوسيط ح ١ ف ٢٢٦ ص ١٢٣٠ حيث يبيـنـو
انه يوافق عليها ضمنا اذ يرى انه لو ترك صاحب السيارة سيارته
فى مكان الوقوف تحت رقابة المشرف (المنادى) فان عمل المشرف هو
ان يستبقى السيارة فى مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية
اما اجزاء السيارة وآلاتها فتبقى فى حراسة صاحبها ، فاذا نقل شخص
السيارة من مكان الى آخر ولو من غير علم المشرف فأحدثت ضررا كان
المشرف هو المسئول واذا كان بالسيارة خلل أحدث ضررا فان المسئول
عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٥٥٤ ومابعدها وان كان
يرى " ان تقسيم الحراسة الى حراسة استعمال وحراسة تكوين لا يصح
الا اذا كان الشيء فى يد غريب ماله " وانظر كذلك :

- د / حشمت ابوستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٢ ص ٥٠٩ .
 - د / عبد المنعم فرج الصدة فى المرجع السابق ص ٤٥٥ ص ٢٠١ .
 - د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦٢٠ .
 - د / عبد الفتاح عبد الباقي فى المرجع السابق ص ١٦٨ ومابعدها .
 - د / سهير منتصر فى رسالتها السابقة ص ١٤٤ ومابعدها .
 - د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٦٢ ومابعدها .
- وانظر استئناف القاهرة فى ٢٠ / ١٠ / ١٩٥٤ مجلة التشريع والقضاء

٢٠١-٢١-٥٧ .

وانظر تعليق الدكتور شنب على هذا الحكم فى رسالته ف ٢٦ ص ٩٣ .

لتحقيق ذلك لكونها تمثل جوهر العنصر المادي للحراسة وان كان وجود الرقابة والتوجيه دون الاستعمال لا يكفي لتحقيق هذه السيطرة لانحصار مهمتها في المساعدة على بيان من تكون له الحراسة واظهار توافر السيطرة لدى المستعمل (١)

ثانياً : ان القول بتجزئة الحراسة يعيبه ما يوجب على المضرور من ضرورة معرفة ما اذا كان الضرر يرجع الى استعمال الشيء أم الى عيب فيه . ولا شك أن تكليف المضرور بذلك فيه من العنت ما لا يخفى وبخاصة حينما يتعذر معرفة سبب الضرر في كثير من الحالات كما لو كان الشيء الذي احدث الضرر قد اندثر كطائرة سقطت وغاصت في البحر أو سيارة اخترقست ولم يبقى منها سوى الهشيم . ولا يغض من ذلك ما رآه انصار الانجباء الاول من اتخاذ سلطة الاستعمال قرينة على توافر سلطة الرقابة على الشيء أو ما رآوه من امكانية مقاضاة من له الحق في الرقابة عند ثبوت براءة الاستعمال من احداث الضرر ، ان ذلك سوف يستتبع ارماع الضرور بالكثير من المصروفات واللجوء الى اكثر من دعوى وذلك فضلاً عن ان حقه قد يسقط بعض المادة قبل مزاولة دعواه الجديدة . (٢)

ثالثاً : ان هذه النظرية يعيبها انها تعود بنا الى الفكرة التقليدية للخطأ ان هي لا تجعل الحارس مسئولاً الا اذا امكن نسبة الخطأ اليه أو امكن افتراض ذلك على الاقل حيث لا يمكن وفقاً لنظرية التجزئة تقرير مسئولية من له سلطة الرقابة الا اذا كان الضرر قد نشأ عن استعمال الشيء على اساس افتراض انه قد أساء هذا الاستعمال (٣)

رابعاً : ان نقول بهذه النظرية يتعارض مع السلطة الفعلية - ومرد ذلك - ان السلطة الامرة على الشيء تتوافر لمن يقوم باستعماله على صورة مستقلة ويترتب على ذلك تحقق سيطرته على الشيء كله في جانبيه الداخلي والخارجي .

(١) سنارك في الالتزامات ف ٤٦٣ ص ٤٦٦ .

- د / غناب ف ٢٢ ص ٩٥ .

(٢) د / غناب ص ٩٢ ، ٩٣ .

ومن ثم : فانه لا يتصور قيام السلطة الفعلية للمالك على الرغم من ان هناك شخصا يسيطر على الشئ* ويأمر عليه سلطاته وذلك فضلا عن ان واقع الحال يدل على ان العيب الخفى فى الشئ* ربما يكون راجعا الى خطأ شخصى مسن المالك وقع منه عندما كان الشئ* خاضعا لسلطته قبل انتقال الحراسة منه الى شخص آخر اما بعد انتقال الحراسة الى هذا الاخير فان المالك لا يستطيع مباشرة سلطاته على الشئ* الذى اصبحت تحت سلطة غيره (١)

خامسا : أن هذه النظرية تجعل من سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة معايير مستقلة لتحديد صفة الحارس حيث انها تضىف صفة حارس الاستعمال على من له حق الاستعمال وصفة حارس التكوين على من له سلطة الرقابة وكل ذلك فى نطاق الحراسة الفعلية ، على حين أن المعيار الوحيد للحراسة الفعلية لا ينبغى ان يكون سوى السيطرة الفعلية على الشئ* والتي تتحقق بتوافر عناصرها المادى المتمثل فى الاستعمال والتوجيه والرقابة فضلا عن عنصرها المعنوى المتمثل فى وجوب السيطرة على الشئ* لحساب الحارس . وذلك هو ما ذهب اليه الجانب الآخر من الفقه (٢)

ويبدو لنا رجحان ما ذهب اليه جمهور الفقه وهم انصار الرأى الاول وذلك لما يلى :

اولا : لان نظرية تجزئة الحراسة تعمل على الموازنة بين مصلحتين متعارضتين اذ هى توفق بين مصلحة الضرور حينما تعمل على تيسير الوسيلة للحصول على ما يجبر ضرره وذلك بالرجوع على من له سلطة استعمال الشئ* ومخاصة مع ما يراه انصارها من افتراض تحقق سلطة الرقابة بالنسبة لمن له سلطة الاستعمال .

-
- (١) د / احمد شوقي عبد الرحمن فى بحثه السابق ف ١٦٠ ص ١٠١ .
 (٢) انظر فى هذا الاتجاه : د / لبيب شنب فى رسالته ف ٧٧ ص ٩٧ .
 - د / احمد سلامة فى نظرية الالتزام ف ٢٢٣ ص ٣٤٣ حيث يرى ان الحراسة تتبادل ولكنها لا تتعدد وهى حين تنتقل من شخص الى آخر تنتقل كائنه دون ان يقتصر الانتقال على جزء منها او على وجه منها .
 - د / احمد شوقي عبد الرحمن فى المرجع السابق ف ١٠٦ ص ١٠٠ .
 - بشرى جنيدى فى مقاله تحليل التبعية فى المسئولية غير العقدية مقال منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة س ١٣ ع ٣ ف ٨٨ ص ٥٨٧ .

ولاشك ان هذا الافتراض يسهل للضرر مطالبة من له الاستعمال بالتعويض من غير ان يجهد نفسه في تلمس عيب في الشيء ذاته وخاصة مع ما يراه جانب الفقه من ان واقع الاحصائيات يدل على ان اغلب الحوادث يرجع الى استعمال الشيء وان عددا قليلا منها يرجع الى العيب ذاته (١)

كما ان هذه النظرية تراعى في الوقت ذاته مصلحة الحائز للشيء اذ هي توجب ان لا يتحمل عبء ضرر مرده الى عيب في الشيء مع انه لم يكن له دخل فيه ولم يملك السلطة الى تفاديه (٢)

ثانياً : ان النعمى على نظرية تجزئة الحراسة بانها تمثل عودة الى الفكرة التقليدية للخطأ نظراً لانها لا تجعل الحارس مسئولا الا اذا امكن نسبة الخطأ اليه انما هو نعمى في غير محله ويرد ذلك : ان تجزئة الحراسة متصلة بفكرة الرابطة السببية بين الشيء والضرر حيث ترى تلك النظرية انفسه اذا كان الضرر راجعاً الى مصدر في الشيء فانه يكون هو العامل المنتج للضرر ومن الطبيعي ان يكون الحارس المسئول عنه هو من كانت له السلطة على هذا الموضع فيما يحتويه (٣)

ثالثاً : ان النعمى على هذه النظرية بما يمكن ان تؤدى اليه من ارهاق الضرر بالمصروفات وكثرة الدعاوى انما هي حجة لا يمكن التسليم بها لان الموازنة بين تأخر الضرر في الحصول على حقه وبين التحرى عن نسبة الضرر الى من له سلطة الاستعمال او الرقابة تنفض الى القول بان المصلحة الثانية هي الراجحة ومن ثم فانها تكون اولى بالاعتبار تحقيقاً للعدل بقدر الامكان وخاصة ان ذلك لن يؤدى - غالباً - الى ضياع الحق وانما الى مجرد التأخير في الحصول عليه .

رابعاً : ان النعمى على هذه النظرية بانها تتعارض مع السلطة الفعلية بدعوى انه لا يتصور قيام السلطة الفعلية للمالك على الشيء على الرغم من ان

(١) د / سهير منتصر في رسالتها ١٢٦ .

(٢) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٢٨ • ٢٩ .

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع والموضع السابق .

هناك شخصا آخر يسيطر عليه من خلال مباشرته لسلطانه انما هي حجة محل نظر .

ومرد ذلك : انها تقوم على فرض يمكن اثبات عكسه ان انه اذا كان يمكن تحقيق هذه الصورة على ارض الواقع فانه يمكن كذلك اثبات عكسها والامثلة على ذلك كثيرة ومنها مايلي :

أ - اذا استعار شخص سيارة صديقه لاستعمالها في وجهة شخصية فحصل الضرر بفعل عطل المحرك اثباتا الاستعمال من غير ان يظهر للمستعمل ساهة تسلمه للسيارة مايلفته الى العطل الذي طرأ .

ب - اذا تسلم صاحب سيارة نقل بموجب عقد نقل صفائح معبأة بسوائل كيماوية وسار بها على الصورة المألوفة ثم حدث ان تسرب من بعض الصفائح كمية من السوائل تنثر منها رشاشات اصاب شخصاً على الطريق فخلفت فيه اضراراً جسمية واتضح ان مرد ذلك يرجع الى فتحات في الصفائح لم يحكم غلقها بالشكل المفروض على يد من عبأها لمنع كل تسرب منها ولم يكن في ظاهر الصفائح وقت تسليمها الى الشاحن ماينبئ عن عيب احكام غلق تلك الصفائح ولم يكن يحكم العقد او التعامل يتحمل عيب فحصها بعمق ولم يكن من خطأ عليه في طريقة شحنها والسير بها .

ج - لو سلم صاحب محل الى احد زبائنه زجاجة مرطبات يدخل في تركيبها سائل غازي فانفجرت الزجاجة بين يدي مشتريها عند تحريكها أو محاولة فتحها وكان مرد انفجارها الى طبيعة زجاجها او الى طريقة تركيب سائلها في الصنع أو بسبب عدم احكام سدتها .

د - اذا اشترى شخص لمنزله انبوبة غاز من المحل الذي تعود ان يشتري منه ذلك فتبين بعد استعمالها ان غاز تسرب من ثقب فيها او من منفذها بفعل عطل فيه ولم يظهر الثقب او العطل الا بعد بدء الاستعمال ولم يكن لصاحبه المنزل بحسب خبرته العادية ان يتحقق من هذا العيب فهذه الصورة وامثالها كثير يثير البحث في مسألة تحديد الحارس المسئول عن الضرر الذي تأتى ليس عن أوجه استعمال الشيء وانما عن عيب في بنيتة وتركيبه او طريقة اعداده على يد صانعه ولاشك ان ذلك يقود بمنطقة الى تصور الحراسة مجزأة بين حراسة سلام

الاستعمال وحراسة تتصب على البنية (١)

خامسا : ان النعى على هذه النظرية بانها تجعل من سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة معايير مستقلة لتحديد صفة الحارس انما هو قول محل نظر .

ومرد ذلك : ان خصوم نظرية التجزئة هم القائلون اولا بان سلطنة الاستعمال وحدها هي المحققة للسيطرة الفعلية على الشئ لانها تمثل جوهر العنصر المادى على حد قولهم ومادور عنصرى التوجيه والرقابة الا دور المساعدة على بيان من تكون له الحراسة واظهار سيطرته على الشئ .

سادسا : ان المالك حينما يستبقى لنفسه سلطة الرقابة على الشئ ويفعل يحد من له استعماله عن مزاولة اى مظهر من مظاهر تلك الرقابة أفلا يكون حريا به ان يتحمل تبعه تلك السلطة ؟

ان المنطق يقود الى ذلك والا كان هناك قلب للحقائق .

وتجدر الاشارة اخيرا الى انه اذا ثبت ان مرجع الضرر يعود الى طريقة استعمال الشئ والى وجود عيب فى تركيبه وامكن ربط الضرر بكليهما فانه لا مناص من تحمل حارس الاستعمال وحارس الرقابة لآباء الحادث معا تجاه المتضرر .

تعدد الحراس :

قد يتعدد حراس الشئ بتعدد مالكيه او مستأجره او غاصبيه متى مارس كل منهم السلطة الفعلية التى تفترضها الحراسة وهى سلطة الامر على الشئ وفى تلك الحالة فانهم يعتبرون جميعا حراسا لهذا الشئ ويسألون عن الضرر الحاصل منهم بالتضامن فيما بينهم كما لو وقع ضرر بفعل المصعد الكهربائى المركب فى احد الابنية التى يتعدد الشركاء المالكون له حيث تقع التبعة على الشركاء جميعا بعفتهم حارسين لهذا المصعد .

بيد انه يجب ان يلاحظ انه اذا امكن القول بتعدد الحراس فانه لا يمكن القول بتعدد الحراسة كما لو اختلف مركز الشركاء بالنسبة للشئ بحيث يكون

احدهم هو صاحب السلطة الفعلية دونهم فانه يكون وحده الحارس على هذا الشيء ولا يمكن ان يكون غيره حارسا عليه الا يفقد الاول لصفة الحراسة اذ لا يمكن القول بان هناك حارسين للشيء في ذات الوقت حيث ان الحراسة وان كانت تتبادل ولكنها لا تتعدد (١)

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى امرين :

الامر الاول : ان تعدد الحراسة يفتقر عن تجزئتها لانه سبق لنا ان رأينا ان تعدد الحراسة غير ممكن لما اشرنا اليه من ان الحراسة تتبادل ولا تتعدد اما تجزئة الحراسة فهي تفترض ان لكل حارس سلطته المستقلة على مظهر من مظاهر العنصر المادي للحراسة الفعلية فهي من ثم حراسة مشتركة لا حراسة مجتمعة ومن هنا كان تعدد الحراسة غير ممكن بخلاف تجزئتها .

الامر الثاني : ان صورة تعدد الحراس لا تثور بالنسبة للملاك المشتاين فسي حالة قسمة تهم للشيء المشترك بينهم سواء كانت هذه القسمة قسمة مهياة زمنية أو مهياة مكانية .

اذ انه في الحالة الاولى يكون الحارس المسئول هو الشخص الذي كان يستعمل الشيء فعلا وقت الحادث .

واما اذا كانت القسمة قسمة مهياة مكانية فان كل شخص يكون مسئولاً عن الجزء الذي وقع فيه نصيبه يقتضي تلك القسمة متى كان الشيء قابلاً لهذه القسمة .

(١) مازوني المسئولية ج ٢ ف ١٠٢٩ ، لاندل في المسئولية في حالة

سرقة السيارة رسالة من رين ١٩٤٠ ص ٤٦ .

Landelle: De la responsabilité en cas de vol d'automobile.

- د / لبب شنب في رسالته ف ٢٨ ص ٩٦ وقد اشار الى ديموج في التزامات ف ١٠٠ ص ١٢٨ .

- د / سبير منتصر في رسالتها ص ١٤٤ وما بعدها .

- د / عاطف النقيب في المراجع السابق ص ٤١ وما بعدها .

ويصدق نفس الحكم فيما لو شق شريك في عقار مبرا خاصا يوصل
منزله بالطريق العام وكان وحده المستعمل لهذا الممر والمنتفع به
ويتولاه بالرقابة والصيانة إذ يعتبر في تلك الحالة الحارس للممر دون
شركائه وإن كان الممر قائما في الملك المشترك. (١)

(١) د / محمد لمبشرف في رسالته ف ٢٩ ص ٩٦ و ٩٧ .

الفصل الثالث مدى اشتراط التمييز في الحارس

البَحْثُ الاول مدى اشتراط التمييز في الحارس في الفقه والقانون المدني

من المعلوم ان المسؤولية المدنية تنهض على عنصرين احدهما مادي ، والاخر معنوي ويمثل الاول في انحراف الشخص في تصرفه عن الحدود التي يتعين عليه التزامها كما يتمثل العنصر المعنوي في ادراك التعدى لفعله ، ومن ثم فان عديم التمييز ليس ياهل لتلك المسؤولية كالصبي غير المميز والمعتوه والمجنون وكمن فقد ادراكه لسبب عارض كالغيبوبة مثلا ، وذلك هو ما يفصح عنه الفقرة الاولى من المادة ١٦٤ مدني والتي تنص على انه " يكون الشخص مسئولا عن اعماله غير المشروعة متى حدثت منه وهو مميز "

ولما كانت المسؤولية عن الاشياء تقوم على خطأ مفترض في جانب الحارس فان الفقه قد اختلف حول مدى اشتراط التمييز لقيام تلك المسؤولية وقد تبلور ذلك في ظهور الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الاول : يرى ان التمييز شرط لاعتبار الشخص حارسا وذلك لما يلي :

اولا : لان العنصر المادي للحراسة ينهض على تحقق استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته ودهى ان عديم التمييز لا يمكن ان تتوافر لديه القدرة على ذلك ومن ثم فانه لا يمكن اعتباره حارسا .

ثانيا : ان الحراسة تقوم على اساس الخطأ المفترض لدى الحارس ولا ريب ان اسناد هذا الخطأ الى شخص ما انما يستلزم ابتداء امكن مساءلته بناء على الخطأ الثابت ولما كان هذا الخطأ الاخير لا يمكن اسناده الى غير المميز فانه لا يمكن بالتالي نسبة الخطأ المفترض اليه .

وتلك نتيجة تسلمنا الى القول بانه لا يمكن ان يكون غير المميز حارسا لقيام المسؤولية عن الحراسة على اساس الخطأ المفترض .

وذلك هو ما اعتنقه جانب من الفقه والقضاء الفرنسي لفترة

من الزمان^(١) ، وما اتجه اليه جانب من الفقه المصري^(٢)

الاتجاه الثاني : ويرى انه ليس ثمة ما يمنع من اعتبار غير المميز حارسا وذلك لما يلي :^(٣)

(١) انظر في ذلك كولان وكابيتان - في القانون المدني ج ٢ ، ف ١١٩٤ ص ٦٦٩ - روبر في مقاله " هل ثبتت الحراسة لعديمي الادراك مقال منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٦٥ ص ٣٥١ - ٣٥٤ - نيجو في المسؤولية المدنية غير التعاقدية للمجنون في رسالة من باريس في ١٩٦٧ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤
Neagu responsabile civile extracontractuelle de iulienne

وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩٤٧/٤/٢٨ واللوز الاسبوعي ١٩٤٧ ، ص ٣٢٩ .

(٢) انظر في ذلك : د / السهوري في الوسيط ح ٢ ف ٧٣٥ ص ١٢٤٢
- د / عبد الحى حجازي في المرجع السابق ص ٥٦٢ .
- د / نعمان جمعه في مقاله تعويض الاضرار الناشئة عن المرض عقليا
مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٧١ ، ف ٥٢ ، ص ٥٣
٣٩ اشار اليه د / بدر جاسم في رسالته السابقة ص ٦٠ هامش ١ /
- د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق .

(٣) هنري مازو في دروس في القانون المدني مع التعق ص ٣٥٧ وما بعدها
- ريبير في النظام الديمقراطي والقانون المدني المعاصر ص ١٣٨ .

Ripert (G) : La regimc, democratique et le
doritcivil. moderne paris 1948.

وانظر في الفقه المصري :

- د / سليمان مرقص في محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد
العربية في ١٨٩ ص ١٨٧ - الاستاذ / حسين عامر في المسؤولية
المرجع السابق ف ٢٥٤ ص ٢٢٠ .
- د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٨١ ص ١٠٠ - وديع فرج في
التزامات ص ٤٠٣ ، اشار اليه د / محمد لبيب شنب ، د / حشمت
ابو ستيت في المرجع السابق ص ٤٩٧ وهامش ١ / ص ٥١٦ .

أولاً : لان مناط الحراسة يتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء وهو أمر ممكن بالنسبة لعدد من التمييز وعلى فرض عدم قدرته على مباشرة ذلك بنفسه فليس ثمة ما يمنع من مباشرة نائبه لتلك السلطة نيابة عنه سواء أكان هذا النائب ولياً أو وصياً أو قوماً ، إذ أن شأن الحارس في ذلك شأن المتبوع الذي يصح أن يكون غير مميز وبالتالي غير قادر على مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه على الشيء ولكن نائبه يقوم مقامه في مباشرة تلك السلطة (١)

ثانياً : أننا لانسلم قيام تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفترض حتى يستلزم ذلك إمكان نسبة الخطأ الثابت الى الشخص وإنما تنهض هذه المسؤولية على أساس وجود الضرر او على أساس تحمل التبعة كما يرى ذلك جانب من الفقه ولا ريب ان تأسيس المسؤولية على ذلك لا يستلزم اشتراط التمييز لتحملها وذلك هو ما جنح اليه القضاء الفرنسي وبخاصة بعد تعدد يسل المادة ٤٨٩ من القانون المدني الفرنسي (٢)

تلك هي ادلة الاتجاهين على ما ذهبنا اليه ولكن كان لابد لنا من ترجيح احد الاتجاهين على الآخر فان المنطق يقودنا الى ترجيح الاتجاه الاخير وذلك لما يلي :

د / جمال زكي في الوجيز في الالتزامات ف ٢١٧ د / سهير منتصر في رسالتها ص ١٦١ وما بعدها د / محمد نصر رفاعي في رسالته السابقة (الضرر) ف ٣١٢ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ د / عاطف النقيب في الموجع السابق ص ٣٢ وما بعدها ، الاستاذ / محمد كمال عبد العزيز في التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء ص ٧٠٦ د / بدر جاسم في رسالته السابقة ص ٥٩ ، ٦٠ د / محمد نصر الدين محمد في رسالته اساس التعويض ف ٣٨٨ ص ٣٢١ .

(١) د / لبيب شنب في رسالته السابقة ف ٨١ ص ٩٩ ، ١٠٠ .

(٢) وكان ذلك بموجب قانون ١٩٦٨/١/٣ بلضافة المادة ٤٨٩/٢ والتي

نصت على ان من يحدث ضرراً للغير وهو في حالة اضطراب عقلي يلتزم

بالتعويض " المجلة التفصيلية للقانون المدني ١٩٧٠ ص ٢٥١ .

وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩٦٦/٦/٣٠ المجلة التفصيلية للقانون

المدني ١٩٦٧ ص ٨٢٨ ، ونقض مدني فرنسي في ١٩٧٣/١٠/٢٤

الفصلية للقانون المدني ١٩٧٤ ص ٤٢٢ .

أولاً : لانه من المعلوم بيقين ان افتراض الخطأ في جانب الحارس انما هو مقرر لصالح الضرور والمنطق يقضى بان ذلك لا يد ان يكون مقرر لصالحه في كل الاحوال لانى بعضها ولا ريب ان القول باشتراط التمييز نفسى الحارس سوف يستتبع الاضرار بمن شرعت تلك القرينة لصالحه في هذه الحالة وذلك لاستحالة الحصول على ما يجبر ضرره من تعويض .

ثانياً : ان القول باشتراط التمييز في الحراسة يتعارض مع ما تقرره المادة ١٧٤ مدنى (١) من مسئولية عديم التمييز عن هم في خدمته مسئولية المتبوع عن التابع اذ كيف يسأل عديم التمييز عن اعمال غيره حتى ولو كان حارسا ولا يسأل في الوقت ذاته عما هو مفروض انه في حراسته وذلك لك بدعى انه ليس اهلا لنسبة الخطأ اليه ؟ !! (٢)

ثالثاً : ان القول بعدم صلاحية عديم التمييز ليكون حارسا يتناقض مع كونه مالكا للشيء الذى تسبب في الضرر اذ كيف يبقى هذا الشيء بلا حارس نفسى الوقت الذى هو على ملك عديم التمييز اذ الفرض ان هذا الشيء لم يخرج عن ملكه ولم تنتقل حيازته الى غيره . (٣)

رابعاً : ان القضاء الفرنسى قد استقر على عدم اعتبار المرض العقلى الذى يصيب الحارس وقت الحادث بمثابة القوة القاهرة ، اذ انه يلزم لتحقيق ذلك وجود حادث خارجى أو اجنبى عن الشخص الذى يتسك به وليس ثمة شك في ان المرض العقلى لا يمثل عاملاً اجنبياً وبالتالي فانه لا يصلح ان يمثل سبباً للاعفاء من تبعة الحراسة ومن ثم فان القضاء لم يربط بين الحراسة والتمييز ودهى ان ذلك لا يقتصر على انعدام التمييز

(١) وتنص الفقرة الاولى من المادة ١٧٤ على ان " يكون المتبوع مسئولاً

عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه نفسى حال تأدية وظيفته أو بسببها " .

(٢) د / محمد نصر الدين محمد في رسالته اساس التعويض ص ٣٨٨ ص ٣٢١

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٣٤ ، ٣٥ .

بسبب صغر السن وانا يتعدى ذلك الى كل الصور الاخرى لانعدام التمييز (١)

خامسا: أن المقتن المصري قد افصح عن رغبته في اقرار التعويض للضرور من الاعمال الشخصية التي يأتيتها عديم التمييز وذلك حسبما قرره الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مدني (٢) متى توافر هذا التعويض ما اشترطته تلك الفقرة من عدم وجود من يسأل عن الضرر نيابة عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على التعويض من ذلك المسئول عنه .

(١) وذلك هو ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٩٦٧/٣/٢١ بقولها :

Attendu que la deficiencia dans les facultes intellectuelles et le desequilibre psychique en constituent pas la cause exterieure ou etrangere responsabilite, qui pese sur lui en cette qualite que celui qui exerce sur une chose les pouvoirs d'usage de direction et de controle est pas en mesure d'exercer correctement les dits pouvoirs".

انظر في ايراد هذا الحكم المجلة الفصلية للقانون المدني ١٦٧ ص ٨٢٨ وواضح ان المحكمة قد اعتبرت في هذا الحكم ان الشخص يعتبر حارسا وان لم يعد الوضع الذي يستطيع معه ان يمارس بصورة صحيحة سلطة التوجيه والرقابة والاستعمال لاختلال قوته العقلية او الاضطراب النفسي الذي اعتراه ، اذ ان هذا الاضطراب وذلك الاختلال لا يؤولان سببا خارجيا عن الحارس او مستقلا عنه من شأنه اعفائه من التبعة .

(٢) وتنص تلك الفقرة على انه " . . . اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم .

ولاشك ان الباعث على تقرير ذلك انها يتمثل في نزعة العدالة التي حدث بالمقنن الى توفير ضمانة للمتضرر حتى لا يبقى دون تعويض عما نزل به من ضرر دون خطأ منه ولئن كانت العدالة هي الباعث على اقرار هذا الجهد في ظل المسؤولية عن الفعل الشخصي أفلا توحى تلك النزعة ذاتها باقرار مسؤولية عديمي التمييز في ظل المسؤولية عن الاشياء . وخاصة عندما يكون مالكا لثروة ضخمة تدار باسمه ولحسابه وليس من العدل في مثل هذه الحالة ان يترك المتضررون دون تعويض .

وتلك هي العسلة التي حدث بالقضاء الفرنسي ان يعدل عن رأيه السابق بشأن هذا الموضوع حتى من قبل تعديل المادة ٤٨٩ مدني فرنسي وهو التعديل الذي جرى بموجب قانون ١٩٦٨/١/٣ مستحدثا النص على القضاء بـ " التمييز على الشخص الذي سبب ضررا للغير وهو في حالة اختلال عقلي حيث نصت الفقرة الثانية من تلك المادة على من يحدث ضررا للغير وهو في حالة اضطراب عقلي يلزم بالتعويض " (١)

(١) وملاحظ ان الفقه الفرنسي اختلف اختلافا بينا حول ما اذا كان هذا الحكم يصدق على كل عديمي التمييز أم انه يقتصر على المصابين بخلل عقلي بعد بلوغهم سن الرشد فيرى الراجح من الفقه انه ينصرف الى كافة حالات فقد الادراك وذلك فهو يلغى اشتراط التمييز في نطاق المسؤولية التقصيرية عموما حيث ان انعدام التمييز بسبب صغر السن أو الجنون يؤدى الى الخطأ في السلوك وطالما ان الامر كذلك فان الغاء شرط التمييز بالنسبة لحالة الاضطراب العقلي يقتضى بالضرورة الغاؤه بالنسبة لكافة حالات فقد التمييز الاخرى والقول بعدم ذلك لسك يؤدى الى تناقض الطول .

انظر في ذلك د / سبيرو منتصر في رسالتها السابقة ص ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٦٥ .

وانظر تعليق الدكتور / نعمان جمعه في مقاله تعويض الاضرار السيئ بسببها المرض عقليا - المجلة المنصوية للقانون المدني (١٩٧١) .

اشارت اليه د / سبيرو منتصر في المرجع والموضع السابق

هامش ٢/ ص ١٥٤ .

المبحث الثاني مدى اشتراط التميز في الحارس في الفقه الاسلامي أو موقف الفقه الاسلامي من مسئولية عديم التمييز

لقد انقسم الفقه الاسلامي الى اتجاهين ازا' مدى مسئولية عديم التمييز عن المضار التي يحدثها بالغير .

الاتجاه الاول : يرى انه وان كان يجب ضمان الاضرار التي تنسب الى عديم التمييز الا ان التعويض عنها لا يجب ان يكون في ماله وانما يجب ان يكون في مال وليه المسئول عنه ايا كان أو غيره مع عدم رجوع الولي على عديم التمييز فيما أداه ومثل هذا الاتجاه الرأي الراجح في الفقه الاباضي وان كان ثمة رأي مرجوح في هذا المذهب يرى جواز رجوع الولي على عديم التمييز ان كان له مال والا فلا شيء له (١)

ولقد برر انصار هذا المذهب التزام الولي في ماله دون عديم التمييز بان الولي يقع على عاتقه واجب الحفظ والرعاية لمن عدم تمييزه مادام في ولايته ، اذ ان المشمول بتلك الولاية - في رأيهم - أشبه مايكون بالدابة ومن ثم فانه اذا لم يقم الولي بواجب للرعاية فانه يكون قد فرط مما يستأهل القول بالتزامه بالضمان حتى ولو كان لعديم التمييز مال على الراجح من هذا المذهب (٢)

وبدولنا ان ما ذهب اليه انصار هذا الاتجاه انما هو محل نظر . وذلك لانه من المتصور ان يدفع صاحب الولاية على عديم التمييز المسئولية عنه باثبات عدم تقصيره في واجب الحفظ والرعاية له ، وانذاك لا يعرض صاحب المال عما ضاع عليه مع ان سبب الضياع لا يد له فيه .

وفضلا عن ذلك فانه لو كان واجب الحفظ والرعاية يستلزم تحميل الولي لتبعة ما ينشأ عن عديم التمييز من اضرار تصيب الغير لكان ذلك مدعاة للنسي الاحجام عن تلك الولاية .

(١) ، (٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٧ ص ٧٧ ط السلفية بصر حيث جاء فيه " جنابة طفل في دم او مال على ابيه او وليه ولو كان له مال فسي الراجح ويرجعان به في مال الطفل لان الطفل كدابة يجب حفظه فان لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمهما الغرم " .

الاتجاه الثاني : يرى مسئولية عديم التمييز عن تلك الأضرار في ماله ، حيث أن اهلية المسؤولية عن هذه الأضرار تثبت بالنسبة لكل انسان لا ارتباطها ارتباطا ماديا محضا بأسبابها وهي الأفعال الضارة .

ومن ثم فإن ما يحدثه عديم التمييز من أضرار بالغير يمثل سببا شرعيا لوجوب الضمان عليه في ماله وإن كان وليه يلتزم بالأداء نيابة عنه .

وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقه الاسلامي متثلا في الحنفية (١) وجمهورية المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦)

(١) وفي ذلك يقول صاحب الدر المختار المطبوع مع حاشية ابن عابد يسين (رد المختار) ح ٥ ص ١٢٥ ، ١٢٦ " وإن اتلفوا - أي السحجور عليهم - شيئا متقوما من مال أو نفس ضمنوا " .

وانظر كذلك البسيط للرخص ح ١١ ص ١١٠ ، بدائع الصنائع ح ٢ ص ١٢١ (٢) وفي ذلك يقول صاحب الشرح الكبير مطبوع مع " ضمن الصبي ولو غير مميز ما اتلفه في ماله " الدسوقي ح ٢ ص ٢٩ وانظر كذلك تبصرة الحكام ح ٢ ص ٢٤٩ ، بداية المجتهد ح ٢ ص ٣١١ الخطاب ح ٥ ص ٧٨ ، القوانين الفقهية ص ٣٦١ .

الا ان هناك اتجاهين ضعيفين في الفقه المالكي يرى اولهما ان الصبي الذي لا يعقل لا شيء عليه فيما اتلفه من نفس أو مال اذ هو كالمجسم (انظر في ذلك القوانين الفقهية في المرجع السابق) ويرى الثاني أن اتلاف المال هدر وذلك بخلاف الدماء حيث تكون الدية على العاقلة ، انظر في ذلك فتح الجليل على مختصر خليل ح ١ ص ١٢١ .

(٣) وفي ذلك يقول صاحب فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ح ١ ص ٢٠٥ ص الحلبي " الجنون يسلب العباية والولاية وكذلك الصبا بخلاف الأفعال فيعتبر منها التملك والاحتطاب ونحوه ، والاتلاف فينفذ منه الاستيلاء ويثبت النسب بزناه وغرم ما اتلفه " .

وانظر كذلك : نهاية المحتاج ح ٥ ص ١٥٠ ، الشبرايمسي على نهاية المحتاج ح ٨ ص ٣٦ . (٤) وفي ذلك يقول صاحب المغني ح ٤ ص ٤٧١ " والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفينة في وجوب الضمان عليهما فيما اتلفاه من مال غيرهما بغير اذنه أو غصابه فتلف في أيديهما " . وانظر كذلك منتهى الإرادات ح ١ ص ٤٣٥ .

(٥) وفي ذلك يقول ابن حزم في المحل ح ٨ ص ١٥٦ مسألة ١٢٥٨ " فما اخذ من مال اضرار اليه بغير ما ذكرناه فإن كان عامدا بالغنا ميسرا =

وقد اعتمد جمهور الفقهاء على الادلة التالية :

اولا : ان الضمان من قبيل خطاب الوضع ^(١) لا من قبيل خطاب التكليف ^(٢)

فهو عاص لله عز وجل وان كان غير عالم او غير عاقد او غير مخاطب فلا اثم عليه الا انهما سواء في الحكم في وجوب رد ذلك الى صاحبه او في وجوب ضمان مثله ورهان ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد ولم يستثنى عليه الصلاة والسلام عالما او غير عالم ولا مكلفا ولا غير مكلف ولا عاقدًا من غير عاقد "

ولئن كان ابن حزم يتفق مع الجمهور في ضمان المتلفات المالية الا انه يرى ان جنائية عديم التمييز على النفس هدر اذ هو كالعجماء وذلك ما عبر عنه بقوله " ولا قود على مجنون فيما اصاب في جنونه ولا على من لم يبلغ ولا على احد من هؤلاء " دية ولا ضمان وهو " لا والبهائم سواء " المرجع السابق مسألة ٢١١٦ وذلك هو ما اشكل على بعض الباحثين حينما عزم هذا الحكم على ضمان المتلفات واعتبر الظاهرية من القائلين بعدم ضمان عديم التمييز لما اتلف .

انظر من هؤلاء : د / عبد الحميد البعلبي في رسالته نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون ص ١٣١ ، د / سليمان محمد احمد في رسالته ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ص ١٢٥ - كلية الشريعة والقانون ١٩٢٥ وانظر في مسئولية عديم التمييز .

الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٦٨ .

نظرية الضمان للدكتور / وهبه الزحيلي ص ٢٠ وما بعدها .

نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون د / عبد الحميد البعلبي ص ١٢٢ وما بعدها .

ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي د / سليمان محمد احمد ص ٦٩ وما بعدها
الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي د / محمد فاروق العكام ص ٩٢ وما بعدها .

(١) وهو خطاب الشارع يجعل الشيء سببا في شيء او شرطا فيه او مانعا

منه ومن ثم فهو يربط بين امرين احدهما سبب او شرط او مانع منه .

(٢) وهو خطاب الشارع المتعلق بافعال المكلفين بالاقتصاد او التخيير .

ومن المسلم به ان الاول كما يتعلق بفعل المكلف فانه كذا لك يتعلق بفعل غير المكلف (١) ومن ثم فانه لا يتطلب البلوغ والعقل للقول بوجوب الضمان (٢)

ثانياً : لانه من المسلم به ان عديم التمييز يتمتع باهلية الوجوب الكاملة ولا ريب ان توافق هذه الاهلية يستتبع القول بصلاحيه عديم التمييز للتحمل بالتزامات المالية عند تحقق اسبابها كما هو اهل لتلقى الحقوق ومن ثم فان عبء ضمان ما يحدد من اضرار يقع عليه (٣)

ثالثاً : انه لا تعارض بين رفع الاثم عن عديم التمييز وبين وجوب الضمان عليه اذ ان الضمان قد شرع لجبر ما تحقق من الضرر لفوات الحق في المال

(١) وقد يتعلق خطاب الوضع بما ليس من فعل الانسان بصفة عامة كجعل الدلو سبباً لوجوب الصلاة .

- انظر في ذلك د / محمد سلام مذكور في مباحث الحكم عند الاصوليين ص ٦١ .

- د / حسين حامد حسان في اصول الفقه ص ٣٨ .

(٢) انظر في ذلك نبيل الاوطار للشوكانى حيث يقول في ارشاد الفحول ص ١٠ " المجنون غير مكلف وكذا الصبي الذي لم يميز لانهم لا يفهمون ، في خطاب التكليف على الوجه المعتبر واما لزوم اضرار جنايتهما ونحو ذلك ، فمن احكام الوضع لا من احكام التكليف " .

(٣) انظر في ذلك :

- اصول البزدوى ج ٤ ص ٢٤٠ .

- التلويح على التوضيح ج ٢ ص ٧٣٨ .

المعصوم وذلك يلزم بالنسبة للمكلف وغيره (١)

رابعاً : ان اعفاء المشرع لعديم التمييز من العقوبة البدنية عن افعاله الضارة بالغير لا يلزم منه براءة ساحته من الضمان المالي للتعويض عن تلك الاضرار ، حيث ان توقيع العقوبة يستلزم ابتداء اتجاه الارادة التي اتيان الفعل المؤثم ومادام عديم التمييز ليس له من الارادة ما يعتد بها شرعاً فانه يصح القول باعفائه من العقوبة ولكن الامر على خلاف ذلك بالنسبة للضمان المالي حيث لا يشترط لثبوته اتجاه الارادة الى سبب الاضرار بالغير وفضلاً عن ذلك : فان الضمان من قبيل الجوابر لما فات من الصالح ، ومن ثم فانه لا ينظر في وجوه الى الظروف الداخلية او الذاتية للفاعل .

اذ يستوى ان يكون مكلفاً او غير مكلف كما يستوى ان يكون عالماً او جاهلاً اذ اكرأ او ناسياً حيث ان الهدف في تلك الحالة هو تغطية ما وقع من ضرر دون نظر الى ايقاع العقوبة به .

اما العقوبة فهي من قبيل الزواجر التي شرعت لدرء المفاسد وهي لاتقع غالباً الا على عاص لله تبارك وتعالى زجراً لهذا العاصي وردعاً لغيره .

ومن السلم به ان عديم التمييز ليس باهل لذلك (٢)

(١) ، (٢) التقرير والتحير على التحرير لابن امير الحاج ح ٢ ص ١٢٦ ، وفي ذلك يقول العزيز بن السلام في قواعد الاحكام ح ١ ص ١٢٨ " الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفاسد والغرض من الجوابر جبر مافات من مصالح حقوق الله تعالى وحقوق عباده ولا يشترط في ذلك ان يكون من وجب عليه الجبر اشأاً ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فبان فان معظمها لا يجب الا على عاص زجراً له على معصية " .

خامسا : ان عدم التمييز وان كان يصلح غذرا لسقوط حقوق الله تبارك وتعالى فانه لا يصلح ان يكون مبررا لسقوط حقوق العباد ، اذ ان القول بذلك يعنى ذهاب المال التالف هدرًا وذلك ما تأباه العدالة الاسلامية (١)

سادسا : ان عدم التمييز وان مثل سببا لعدم ضمان الاقوال لاشتراط العقل فى ذلك فانه لا يصح ان يكون سببا لعدم ضمان الافعال حيث لا مسرور لهذه الاخيرة نظرا لوقوعها ووجودها حيا ومشاهدة اذ كيف يمكن النظر الى ماتم من القتل او الاتلاف مثلا على انه من قبيل العدم وذلك خلافا للحال فى التصرفات القولية (٢)

سابعا : انه لا تعارض بين القول بوجوب الضمان على عديم التمييز وبين السزيم الولى بالاداء عن الاول من ماله (اى عديم التمييز) نيابة عنه حيث ان صحة الاداء مرتبطة بتوافر اهليته ومادامت تلك الاهلة غير متوافرة بالنسبة لعديم التمييز فبدهى انها تثبت لوليه (٣)

ولاشك فى ان ما ذهب اليه جمهور الفقهاء هو الاحق بالتأييد والترجيح حيث انه يتفق والغاية التى شرع من اجلها الضمان الا وهى جبر الضرر الذى اصاب الغير واصاب حق المتلف عليه .

مدى مسئولية عديم التمييز فى حالة التسبب :

على الرغم مما تفصح عنه النصوص الفقهية التى اسلفنا الاشارة اليها من اطلاق الحكم بالنسبة لضمان عديم التمييز سواء فى حالة الجاشرة او فى حالة التسبب حيث لا مقيد لما تدل عليه من اطلاق الحكم فى هذه الحالة (٤)

ان جانبنا من الفقه المعاصر قد ذهب الى القول بان ضمان عديم التمييز لا يكون الا فى حالة الجاشرة فقط ومن ثم فانه لا ضمان على عديم التمييز فى حالة التسبب ، ومرد ذلك ان الفقه الاسلامى يشترط لقيام الضمان نفسى

(١) التقرير والتحجير ج٢ ص ١٢٦ ، الفروق للقرافى ج١ ص ١٦١ وما بعدها

الجريدة للاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة ٤٢٦ .

(٢) اصول البزدوى ج٤ ص ٤٤٠ ، التلويح على التوضيح ج٢ ص ٧٣٨ .

(٣) التلويح على التوضيح فى المرجع والموضع السابق .

(٤) وسيأتى ان شاء الله الحديث عن مفهوم الجاشرة والتسبب بصدور الحديث

عن علاقة السببية بين الشئ والضرر .

تلك الحالة توافر التعدي حيث تقضى القاعدة الفقهية بأن "الباشر ضامن وان لم يتعد وان المتسبب لا يضمن الا بالتعدي" .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور وقوع التعدي منه حيث يلزم الادراك لتوافره فان ذلك يستتبع القول بعدم ضمان عديم التمييز في تلك الحالة (١) بيد اننا نرجح ما ذهب اليه جانب آخر من الفقه بتضمين عديم التمييز في تلك الحالة وذلك لما يلي :

١ - ان معيار التعدي الذي افصحت عنه التصويص الفقهية انما هو معيار موضوعي بحث ومن ثم فانه لا يعتد بالظروف الذاتية للفاعل ومنها انعدام التمييز اللهم الا فيما نص عليه المشرع من اعتبار عدم التمييز مسقطا لما هو من حقوق الله تبارك وتعالى وذلك لا يستتبع القول بسقوط حقوق العباد اذ ان احيا " حق المتلف عليه غير مرتبط بالتكليف كما قد مناه ، وذلك فضلا عن ان التعدي وعدمه انما يرجع الى فعل عديم التمييز لا الى التمييز في ذاته وذلك هو ما اشار اليه بعض فقهاءنا المحدثين حينما صرح متسائلا " انه اذا كان المسبب صبيا او مجنونا فهل ينظر الى اهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء " تسببا لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ او ينظر الى نفس الفعل وكونه محظورا ليعتد اعتداء " ويكون عليه الضمان ؟ " وقد اجاب عن ذلك بقوله " ذلك لم اره ويظهر من اطلاقهم في فاعل الفعل الاول - اي المتسبب - اعتبار النظر الثاني والالزام بالضمان محافظة على الاموال " (٢)

(١) انظر في ذلك د / السنهوري في مصادر الحق ج ١ ص ٥٦ هامش ١ / د / صبحي المحصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود ، ج ١ ، ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

- د / عبد الحى حجازي في المرجع السابق ج ١٠٢ وما بعدها .
- د / منصور مصطفى منصور في مذكرات الدراسات العليا بدبلوم القانون الخاص / حقوق الكويت ٧٤ / ٧٥ ص ٧٦ وما بعدها .
- د / بدر جاسم في رسالته السابقة ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف هامش ص ٧٥ .

ثانياً : ان القول بعدم تضمين عديم التمييز في تلك الحالة انما يستتبع القول بان فعله فيها كان مباحاً .

بيد انه لو كان كذلك لما توجه المشرع بالخطاب في شأنه الى من له الولاية عليه ، اذ ان توجيه الخطاب بالنسبة لما هو مباح انما يكون للمكلف ذاته ومن ثم فانه يمكن " ان يوصف ما صدر من غير المكلف بانسه فعل رفع الشارع فيه الاثم والعقاب الدنيوي لانتفاء اهلية التكليف الا ان هذا لا يرفع عن نفس الفعل صفة المحظورية لذا يضمن مرتكبه في ماله " (١)

ومن ثم فان عدم التمييز وان صلح غدا لسقوط الاثم والعقاب الدنيوي فانه ليس من شأنه ان يخلع عن نفس الفعل صفة التعدى لئلا يكفى ضمن عديم التمييز ما تولد عن فعله من ضرر (٢)

ثالثاً : انه على الرغم من ان الفقهاء حينما نصوا على ضمان عديم التمييز لم يفرقوا بين ما هو اثر شرعي للباشرة وما هو اثر للتسبب حيث اطلقوا القول نفس ذلك ، الا اننا لانعديم من تلك النصوص ما يدل على ضمان عديم التمييز في تلك الحالة ومن ذلك ما نص عليه الدسوقي من ان " الشارع جعل الترك سبباً في الضمان فيتناول البالغ وغيره " (٣)

ولاريب ان الترك من حالات التسبب في الاضرار .
ومن ذلك ايضا ما جاء في كتاب النيل من ان جاساً لطفل والمجننون فيها قولان اي اذا دل طفل او مجنون على ما هو لآخر يضمنان في احد القولين (٤) ولا شك ان الدلالة تعتبر من قبيل التسبب .

ونخلص ما تقدم الى القول بان الفقه الاسلامي لا يأبى تضمين

(١) د / سلام مذكور في نظرية الاباحة ص ٤٣٩ .

(٢) د / محمد فاروق الحكام في رسالته السابقة ص ١٠٢

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١١١ .

(٤) النيل ج ٢ ص ٦٢٠ ط بيروت .

عديم التمييز في حالة التسبب كما هو الشأن في حالة الجاشرة وذلك هو
ما ذهب اليه الجانب الآخر من الققه (١)

-
- (١) د / فاروق الحكام في المرجع والموضع السابق .
- د / عبد الفتاح عبد الباقي في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه
الاسلامي واحكام ح ٢ الصادر غير الارادية ح ١ ، ٤٤ / ٧٥
ص ٣٣ وما بعدها هامش ٧ /
- الاستاذ الشيخ / علي الخفيف في المرجع والموضع السابق .

الفصل الرابع اثبات الحراسة وانقضاؤها وانتقالها

المبحث الاول اثبات الحراسة

وفقا لما تقتضيه القواعد العامة من ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى فان اثبات صفة الحراسة يقع على عاتق الضرور من فعل الشيء .
وتبدو اهمية اثبات تلك الصفة في انها تمثل مصدر الزام الحارس بالتعويض عن اضرار الشيء الموجود في ظل حراسته (١) وليس ثمة صعوبة تعترض امكانية اثبات تلك الصفة وذلك لكونها تقوم على توافر السيطرة الفعلية بعناصرها المختلفة من استعمال وتوجيه ورقابة دون نظر الى شرعية تلك السلطة او عدم شرعيتها فهي من ثم تقيم على عناصر واقعية يسهل اثباتها بكافة طرق الاثبات ومنها القرائن القضائية (٢)

وليس ثمة شك في ان افتراض الحراسة بموجب هذه القرائن (٣) انما ينبع من الرغبة في التخفيف عن كاهل الضرور في اثبات توافر تلك الصفة وهو ما قصدت نظرية المسؤولية عن الاشياء الى تحقيقه ومن ثم اتفق الاجتهاد القضائي الفرنسي على دور تلك القرينة في اثبات صفة الحراسة بالنسبة لمن كانت ثابتة له من قبل وقوع الضرر اذ بموجبها يمكن استصحاب ثبوت ما كان ثابتا من قبل (٤)
وبالتالي فان المدعى لا يكلف باثبات صفة الحراسة وقت حدوث الضرر

-
- (١) د / سهر منتصر في رسالتها السابقة ص ٩١ .
(٢) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ١١٦ ص ١٣٦ .
(٣) د / عبد المنعم الصدة في الاثبات في المواد المدنية والتجارية ط ٥٤ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .
(٤) مينسيه في رسالته ف ١٧ ص ٦٨ اشارة الى المرجع السابق .
- د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ١٨ ص ١٣٦ ، ١٣٨ .
- جولد مان في رسالته ف ٢٩ ص ٥٢ .
- وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩٦٧/٤/٧ ١٩ المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٧ ص ٨٢٩ ونقض مدني فرنسي في ١٦ ديسمبر ١٩٧٠ -
المجلة الفصلية للقانون المدني ص ٨٥٥ .
د / المنهوري في الوسيط ح ١ ف ٢٢٦ .
- د / عبد الحى حجازي في المرجع السابق ص ٥٥٣ .

متى اثبت توافرها من قبل وقوع على عاتق المدعى عبء نفيها اذا ما ادعى انتقالها منه قبل وقوع الحادث (١)

بيد ان القضاء لم يتفق على اثبات صفة الحراسة للمالك بمقتضى قرينة تملكه للشيء حيث ذهب في جانب من احكامه الى القول بان قرينة المالك لا تصلح بذاتها لاثبات صفة الحراسة وانما يجب ان تنصب تلك القرينة على توافر الالتزام بالحراسة وذلك بصرف النظر عما اذا كان الملتزم بها هو مالك الشيء او غير مالكة اذ ليس ثمة ما يمنع من ان يكون المالك قد حرم من المكنت التي تخولها لـه السيطرة الفعلية على الشيء فيفتقد عندئذ صفة الحارس ومن ثم ذهبت محكمة النقض في بعض احكامها الى القول بان الحكم يعتبر قاصرا في النسب مادام لم يفصح عن الظروف التي دعت الى اعتبار المالك حارسا وذلك على الرغم من ان السيارة كان يقودها شخص آخر وضع تحت تصرف المالك بمعرفة صاحب الجراج (٢) اذ يبين من هذا الحكم انه لم يبدأ بافتراض الحراسة في شخص المالك حيث عدا على قاضي الموضوع عدم بيانه للاسباب التي دعت الى اعتبار المالك حارسا . بيد ان الامر لم يستمر في القضاء الفرنسي على هذا النحو ، اذ عدلت محكمة النقض في احكامها التالية عن هذا الاتجاه واعتبرت ان الملك قرينة على توافر صفة الحراسة بالنسبة للمالك (٣) وذلك هو ما رجحه الفقه المصري والفرنسي لعدة امور تخلص فيما يلي :

اولا : ان الواقع العملي ينطق بان المالك يحارس بنفسه ولحسابه عادة المكنت المخولة له على الشيء المملوك له ومن ثم فانه اول شخص يفترض فيه ممارسة تلك المكنت فضلا عن ذلك فان مشكلة البحث عن الحارس لا تثور عمليا الا اذا ترددت الحراسة بين المالك وغيره ، ومن البدهي انه اذا كانت ظروف الواقع تشير الى توافر الحراسة لهذا الغير فان الضرور

(١) د / لبيب شنب في رسالته ف ١١٢ ص ١٣٦ .

— د / سهير منتصر في رسالتها ص ١١٣ — د / عاطف النقيب ص ٣٠ / ٣١ .

(٢) نقض مدني فرنسي في ٢٤ نوفمبر ١٩٤٦ دالوز الانتقادي ٤ — ٢ —

نقض مدني فرنسي في ٣ نوفمبر ١٩٤٢ — ٤٣ ملخص ٨ .

(٣) نقض مدني فرنسي في ٧ ابريل ١٩٦٧ — المجلة الفصلية ٦٧ ١٩ ص ٨٢٩

نقض مدني فرنسي في ١٦ ديسمبر ١٩٧٠ مشار اليه في المجلة الفصلية

للقانون المدني ١٩٧١ ص ٨٥٥ .

— د / سهير منتصر في المرجع السابق ص ١١٥ .

سيوقع عليه دعواه انه لا يعقل ان يكلف نفسه عنا^{*} رفعها على غير الحارس فيتحمل بذلك مغبة ما ينتهي اليه الامر من رفض متوقع لدعواه فيضيع بذلك وقتا ومالا كان حري به ان يتبصر في تبديده (١)

وذلك هو ما عبر عنه الفقيه الفرنسي ستارك بقوله^{*} ان المشكلة لن تثار الا في حالة الشك ففي هذه الحالة فقط يتعين ان تقرر الى اى الاشخاص يتوجه الضرر بمطالبته وهنا تبدو القرينة لازمة وضرورية (٢)

ثانياً : ان افتراض تلك الصفة في جانب المالك سوف ييسر للضرر الحصول على ما يجبر ضرره من تعويض حيث ان تلك القرينة قد كفته مؤنسنة الاستقصاء بحثا عن الحارس .

ثالثاً : ان افتراض توافر هذه الصفة بالنسبة للمالك انما يتفق مع القواعد العامة في الاثبات حيث تقرر تلك القواعد بان عب^{*} الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الظاهر ولما كان الضرر لا يدعى خلاف ذلك بالنسبة للمالك فانه يقع على هذا الاخير عب^{*} اثبات عكسه ان اراد التخلص من المسئولية عن اضرار ذلك الشئ^{*} (٣)

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان دور قرينة الملك في اثبات صفة الحراسة لا يقتصر على ذلك بالنسبة للمالك حيث يتعدى هذا الدور - على ما هو راجح من الفقه - الى اصحاب الحقوق العينية الاخرى المستفوعة عن حق الملكية كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال وذلك نظرا لان هذه الحقوق تخول اصحابها سيطرة على الشئ^{*} تتحقق معها مقومات الحراسة . ومن ثم فان صاحب حق الانتفاع على مزعة مثلا يكون هو الحارس لما يتناوله حق

(١) سهير منتصر في المراجع السابق ص ١٩٨ .

(٢) ستارك في الالتزامات ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

(٣) د / المشهورى في المراجع السابق .

- د / لبيب شنب في المراجع السابق ، د / سهير منتصر في رسالتها ص ٩٣

- د / عبدالحى حجازى ص ٥٥٣ ، هتري مازو في دروس في القانون

المدنى مع التعمق اثار اليه د / شنب ص ٣٤٨ .

من ارض فيما تنتجه ومن اشجار فيما تثمره ومن ادوات ومواد يستعملها فليس
ممارسة حقه متى كانت تلك المحتويات بحسب ظروفها ووضعها يمكن ان تولد
وضعا يتوقع منه الخطر مما يستأهل بذل عناية خاصة في حراستها .

ومع ان الملك يعتبر قرينة على توافر صفة الحراسة الا انها قرينة بسيطة
تسقط امام الدليل العكسي انه يستطيع المالك كما قلنا ان يدفع تلك المسؤولية
بأشياء انه لم يكن الحارس للشيء وقت حصول الضرر نظرا لعدم سيطرته الفعلية
عليه في هذا الوقت (١)

رقابة محكمة النقض .

لا شك ان العناصر المكونة للحراسة تعتبر من مسائل الواقع وبالتالي
فان محكمة الموضوع تستقل بتقدير توافرها دون ثمة معيق عليها من قضا النقض
اما ما يتعلق بتقدير مدى كفاية هذه العناصر لتوافر صفة الحراسة بالنسبة لشخص
معين فان ذلك يعتبر من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع
لرقابة المحكمة العليا (٢)

-
- (١) د / السنهوري ج ١ ص ١٠٨٧ .
- د / شنب في ١١٨ ص ١٣٨ المرجع السابق .
- د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ف ١/٥٣٣ ص ٤٥٣ .
- د / جمال زكي في الوجيز ف ٣١٧ ص ٣٦٣ .
- د / اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ف ٢٥٧ ص ٤٥١ .
- د / جميل الشرقاوي في النظرية الكاملة للالتزام ف ١٠٦ ص ٤٩٥ .

(٢) جولدمان في رسالته ف ٨٩ ص ١٥٠ .
- د / شنب ص ١٣٨ .
- د / سهير منتصر في رسالتها ص ١٩٥ .

البحث الثانى انقضاء الحراسة وانتقالها

تمهيد :
أشرنا من قبل الى ان الحراسة تتمثل فى السيطرة الفعلية التى تكون
لشخص على شىء معين تحقيقا للمصلحة الذاتية لمن تكون له تلك السيطرة .
وبدهى ان فقد هذه السيطرة يستتبع زوال صفة الحراسة ، بيد ان زوال هذه
الصفة قد يكون بمقتضى انقضاء الحراسة على الشىء لتخلي المالك عن حقه
فيه وقد يكون بمقتضى انتقالها الى الغير ، كما ان انتقال الحراسة الى الغير
قد يكون بمقتضى ارادة الحارس وقد يكون ذلك دون ارادته وتشير الى تلك
القروض فيما يلى :

المطلب الاول انقضاء الحراسة

يتحقق انقضاء الحراسة فى حالة النزول عن الشىء بنية التخلي عنه ،
اذ يفقد الحارس فى هذا الفرض السيطرة على الشىء دون ان يكتسبها أحد
ومن ثم فانه يصبح من الاشياء المتروكة ولا يكون ثمة حارس لها ويتحقق ذلك فى
حال ما اذا كان الشىء منقولاً (١) وتعتبر هذه الاشياء آنثى من قبيل الاشياء
الباحة التى لا حارس لها وتظل كذلك حتى يستولى عليها شخص بنية تملكها
حيث يصبح من بعد المسئول عنها ، وبدهى ان هذا الشخص لا يسأل الا عن
الاضرار التى حدثت قبل استيلائه على الشىء . بيد ان اقتران التخلي عن
الشىء بزوال صفة الحراسة عن المتخلى انما يفترض عدم اقتران هذا التخلي
بخطأ يرجع الى ماله المتخلى عنه ، اذ لو اقترن ذلك بخطأ منه ترتب عليه
ضرر للغير فانه يحق للضرور الرجوع على الحارس السابق (٢)

(١) مادة ٨٢١ مدنى مصرى وانظر د / السنهورى فى الوسيط ، ج ١

ف ٢٢٦ ، ج ٩ ف ٥ .
(٢) مازوا فى المسئولية ج ٢ ف ١١٦٦ د / محمد لبيب شنب فى رسالته
ف ١١٢ ص ١٣٣ د / احمد شوقى عبد الرحمن فى المرجع السابق
ف ٢٢ ص ٦٨ د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤ .

ويتحقق ذلك الفرض الاخير في حالة ما لو ترك الشيء في مكان كان من القدر او المحتمل أن ينشأ عنه ضرر او كان في الشيء وقت التخلي عنه مادة مضره بالغير كان من الواجب على مالكيها ان يتخذ من اسباب الحيطة والحذر ما يدفع ضررها في المكان الذي تركها فيه . ومثال ذلك : ما لو ترك شخص مواد متفجرة في الطريق العام فتمشربها أحد المارة فانفجرت فقتلته او جرحته ، ان يسأل المالك عن ذلك برغم تخليه عن ذلك الشيء .

المطلب الثاني

انتقال الحراسة

الفرع الاول

انتقال الحراسة بمقتضى ارادة الحارس

تمهيد : تنتقل الحراسة بارادة الحارس بمقتضى ما يجريه من تصرف قانوني يرد على الشيء الذي هو في حراسته ومستوى ان يكون هذا التصرف الناقل للحراسة ناقلا للملكية او مرتبا لحق عيني تبعا يمكن ان تثبت الحراسة بمقتضاه كالرهن الحيازي او مرتبا لحق شخصي كالاجارة والاعارة كما انه يستوى ان يكون هذا التصرف بموجب ارادتين كما تقدم او كان بموجب ارادة واحدة كالوصية (١) بيد ان انتقال الحراسة بمقتضى ارادة الحارس يفترض انتقال السيطرة الفعلية على الشيء الى الغير ، ان لا يكفي لانتقالها مجرد تمام التصرف القانوني لكونه لا يعدو ان يكون قرينة بسيطة على انتقال الملكية ومن ثم : فانه اذا وجد اتفاق يقضى بانتقال الملكية الى شخص ما فان ذلك لا يغني عن البحث

(١) كولان وكابيتان في مطلق القانون المدني ح ٢ ف ١١٩٥ ص ٦٢٩ .

- د / السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٢٢٦ ص ١٢٢٩ .

- د / جميل الشرقاوي في المرجع السابق ص ٥٠٠ .

- د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦١٩ .

عن تكون له السيطرة الفعلية على هذا الشيء حتى ولو كان هذا الشخص غير معين في الاتفاق (١) الا ان ذلك لايعنى انعدام فائدة الرجوع الى ارادة المتعاقدين لتعيين الحارس اذ انه من الطبيعي ان يفترض فيما انتقلت اليه الحراسة بموجب تصرف قانوني ، تحقق سيطرته الفعلية على هذا الشيء من الناحية الواقعية ومن ثم فانه توجد قرينة في تلك الحالة على انه الحارس ، غير ان تلك القرينة ليست قاطعة كما اسلفنا ، اذ يجوز للضرورة ان يثبت هــطـوع الشيء للسيطرة الفعلية من جانب شخص آخر فيكون هو الحارس (٢) وفي تلك الحالة فانه يحق للضرورة ان يرجع على الحارس الاصلى وفقا لوضعه القانونى دون اعتداد بهذا الاتفاق كما يجوز له كذلك ان يرجع على الشخص المسمى حارسا في الاتفاق وذلك لحمل هذا الاخير على تحميل الغير بالالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الشيء رغم عدم انتقال الجراسة اليه فعلا وذلك على اساس ان هذا الاتفاق يتضمن اشتراطا لمصلحة الضرور يخوله مطالبة الحارس المعين فيه فضلا عن الحارس الذى يعينه القانون .

وليس ذلك - كما يرى الفقه - الا نوعا من التأمين من المسئولية لمصلحة

الضرر (١٧) •

- (١) مازو في المسؤولية ج ٢ ف ١١٢٤ - د / السنهوري في الوسيط ، ج ١
ف ٢٢٦ ص ١٢٢٩ ، د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق
ف ٥٥٤ ص ٧٠٠ ، د / محمد كامل مرسى ف ١٧١ ص ٣١٢ ، دكتور
انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٦ ص ٦١٩ ، الاستاذ / حسن
عامر في المسؤولية ف ٧٥٢ ص ٧٦٧ ، د / احمد شوقي عبد الرحمن
في المرجع السابق ف ٧٥ ص ٧٠ ، د / محمد لبيب شنب في المرجع
ف ١١٣ ص ١٣٤ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي في المرجع السابق
ص ١٥٥ ، د / سهير منتصر في رسالتها ص ٢٠٠ ، د / عاطف النقيب
ص ٤٣ .

- (۲) هنری مازوا فی دروسه ص ۲۵۲ .
 - د / لبیب شنب فی رسالتہ فہ ۱۱۴ ص ۱۱۵ .
- (۳) د / المنہوری فی الوسیط ح ۱ ف ۲۲۵ ص ۹۸۵ .
 - د / شنب فی دروس فی نظریۃ الالتزام ف ۱۰۲ ص ۴۳۴ ، ورسالتہ
 ف ۱۱۵ ص ۱۳۵ .
 - د / سہیر منتصر فی رسالتہا ص ۲۰۲ ، ۲۰۳ .

وسنعرض فيما يلي لنماذج تطبيقية من هذه التصرفات التي تنتقل بها الحراسة بمقتضى ارادة الحارس .

١ - عقد البيع :

يستتبع هذا العقد انتقال الحراسة الى المشتري حيث اضحى هذا الاخير مالكا له . بيد ان انتقال الحراسة بموجب هذا العقد قد يتحقق وقت انعقاد البيع وقد يتأخر عنه . وفي تلك الحالة الاخيرة فان الحراسة لا تنتقل الى المشتري الا منذ اللحظة التي تتحقق فيها سيطرته الفعلية على ما اشتراه ، حيث ان العبرة كما قلنا هي بتسليم المشتري للبيع والا فلا يصبح حارسا له ومن ثم فان الحراسة تبقى للبائع بحسب ماله على البيع من سيطرة فعلية (١)

ومثال ذلك : ما لو باعت شركة سيارات سيارة الى شخص وعينتها فى العقد باوصافها وارقامها وتعهدت بتسليمها الى المشتري بعد مدة حددتها فى العقد فان الشركة بذلك تكون قد استبقت لها الحراسة على السيارة خلال تلك الفترة وبالتالي فانها تكون مسئولة عن الاضرار التي تلحق الغير من جراء

(١) انظر نقض مدنى مصرى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ - ١٣٢ ص ٨٥٧ ، نقض

مدنى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى س ٢ .

وقد جاء بهذا الحكم الالهير " انه متى كان الواقع فى الدعوى هو ان الطاعن الاول اجر الى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العامين المؤجرة الى المستأجرين بعد دفع كل الاقساط - عقد اجارة البيع - وكان الحكم المطعون فيه ان حمل ذلك الطاعن المسؤولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد اقام قضاء على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من انه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها ان ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه كان هذا الذى اوردته الحكم كافيا لحمله وموعدا الى ما انتهى اليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير اساس " .

نقل هذه السيارة مثلا الى حيث يتم تسليمها الى المشتري حتى افصح العقد عن التزام الشركة بنقل تلك السيارة الى هذا المكان ، وذلك بخلاف ما لو كان المشتري قد تسلمها في مركز الشركة واستعان بتابع لها لنقل السيارة الى حيث يريد دون ان تكون هذه الاستعانة من مقتضيات التسليم فان المشتري بذلك يكون قد أسى الحارس للسيارة منذ ان تسلمها (١)

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان عدم تسجيل السيارة ونقصا لما يقضى به القانون لا يفض من توافر صفة الحراسة بالنسبة الى المشتري ، ان ذلك وان كان لا يفي لاكتساب ملكيتها الا انه ليس يلزم لاكتساب صفة الحراسة عليها حيث ان مناط تحقيق الحراسة كما قلنا هو توافر السيطرة الفعلية على الشيء . وما من شك في ان المشتري في تلك الحالة يمارس هذه السلطة ، فضلا عن ذلك فانه اذا كانت الاعارة تنقل السلطة والحراسة الى المستعير - كما سنرى - فانه من باب اولي ان تنتقل تلك الصفة الى المشتري منذ تسلم السيارة وتحققت سيطرته عليها (٢) ، فضلا عما تقدم فان الحراسة تنقل الى المشتري حتى ولو كان عقد البيع باطلا او قابلا للإبطال طالما تحقق استلام المشتري المبيع (٣)

٢ - عقد الرهن الجازي :

يستتبع هذا العقد انتقال حراسة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن لانتقال حيازته الى هذا الاخير (٤) وبالتالي تتوافر له السلطة الفعلية على الشيء المرهون بقوامتها المادية والمعنوية ، وآية ذلك / انه يلتزم بالمحافظة على المرهون وصيانتة (م ١١٠٣) وذلك تتوافر له سلطة الرقابة عليه وذلك فضلا عن انه ملتزم باستئثار المرهون (م ١١٠٤) مدني وذلك عن طريق استعماله بنفسه او بتأجيده للغير ولا ريب أن

(١) د / عاطف النقيب في المراجع السابق ص ٤٥ .

(٢) د / السنهوري في الوسيط ج ١ ف ٢٢٦ ص ١٢٢٩ .

(٤) اما اذا كان الحق العيني التبعي ممثلا في الرهن الرسمي أو في الاختصاص فان ذلك لا يرتب انتقال صفة الحراسة حيث لا تتوافر نفس اصحاب هذه الحقوق مقومات الحراسة لكونها لا تخولهم سلطة فعلية على الشيء .

استعمال المرتهن للشيء المرهون بنفسه انما يخوله الانتفاع به وهو بذلك يكون حارسا له ، ولا يغض من ذلك ان يكون انتفاعه بمقابل وذلك خلافا لاستثمار المرهون عن طريق تأجيره اذ يكون المستأجر هو الحارس له .

والامر لك فيما لو وضع الشيء المرهون في حيازة عدل طبقا للمادة (١٠٩٦) حيث لا يعتبر العدل حارسا للشيء فهو وان توافرت له الحيازة المادية على المرهون الا انه لا يباشر سلطته عليه لحسابه الخاص وانما لحساب المرتهن ولمصلحته (١)

٣ - عقد الايجار :

يقتضى هذا العقد انتقال حراسة الشيء المؤجر الى من استأجره متى كانت له السيطرة الفعلية عليه ويظل كذلك طيلة اجل العقد ، فاذا اما انتهى هذا الاجل وعاد الشيء الى مالكه عادت الى هذا الاخير صفته عليه كحارس .

بيد انه اذا احتفظ المستأجر بالشيء محلي الرغم من انتهاء المدة المتفق عليها فانه يظل مع ذلك حارسا له سواء استندت تلك الحيازة الى سبب مشروع كالامتداد القانوني لهذا العقد أم لم تكن مستندة الى اي سند على الاطلاق (٢) ويصدق حكم انتقال الحراسة بعقد الايجار على حالة المزارعة اذ ان المزارع يكون حارسا على هذا الشيء المؤجر له بهذا الطريق ولا يغض من ذلك كونه الاجرة متمثلة في جزء من المحصول بدل النقد ، اذ انه لا محاجة في ان المزارع هو الذي يستعمل الارض المؤجرة اليه فهو يفلحها بجهد و ما يستعين به من ادوات الزراعة (٣)

(١) جولدمان في رسالته ف ٣٨ ص ٦٨ د / محمد كامل مرسى في الالتزامات

ح ٢ ص ٣١٢ - د / سليمان مرقص في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٦ ،

ص ٩٨ - د / لبيب شنب في رسالته ف ٩٠ ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

(٢) جولدمان في المرجع السابق ف ٢٠ ص ٢٢ د / شنب في رسالته

ف ١٢ ص ١٠٨ د / شفيق شحاته في نظرية الحق العيني ف ١١٥ ،

ص ١٣٧ د / عبد المنعم الشوقاوى في المرافعات المدنية والتجارية

ط ١١٥١ ف ٤٣ ص ١٤ ، محمد عبد اللطيف في الحيازة وآثارها ف في

التقنين المدني المصري ط ١٩٥١ ف ١ ح ١ .

(٣) جولدمان في رسالته ف ٤١ ص ٤٥ د / شنب في رسالته ف ٩٢ ص ١٠٨

١٠٩ .

ولكن الامر يختلف فيما لو أجر شخص سيارة لا آخر مع استبقاء الاول لسائقه قائما بقيادتها ، اذ يظل المؤجر في تلك الحالة هو الحارس طالما ظل يمارس هذا الحق .

ومثال ذلك : مالو أجر شخص سيارة لا آخرين للقيام برحلة واحدة أو لعمل محدد الوجهة ولفترة قصيرة مع بقاء السائق التابع للمؤجر عاملا عليها ، اذ يدل ذلك على ان المؤجر قد أراد الاحتفاظ بحراسته للسيارة بدلالة انه استبقى سائقه قائدا لها ، وذلك هو ما يحدث عملا في مكاتب السفريات التي تضع تحت تصرف العميل احدى سياراتها مع بقاء القيادة لسائق يعمل لديها وهو ما يحدث كذلك عملا بالنسبة لتأجير الاجهزة الدقيقة التي تتطلب خبرة خاصة او دقة في استعمالها حيث يحرس مالکها على ابقاء تابعه عاملا عليها عند تأجيرها الى الغير ، ويكون بحرصه ذلك قد أراد الإبقاء على مستخدمه تابعا له فترة الايجار يتلقى منه التوجيه الذي يقتضيه الاستعمال وان طال فتكون الحراسة قد ظلت بيده .

الا ان صفة الحراسة في المثال السابق تنتفي عن المالك في حالة مالو أجر سيارة لمدة محددة وقيادة السائق التابع له مدلا بذلك على مشيئة في ابقاء صفة الحراسة له ، الا ان المستأجر استغل الوضع وخرج في استعماله للسيارة عن الوجه المتفق عليه وطريقته تتعارض مع العقد وذلك بسوجب اتفاقه مع السائق على ذلك ، فان المستأجر بهذا يكون قد شذ عن العقد وعن غرضه وأنزل بذلك نفسه منزلة صاحب السلطة على السيارة حينما جعل من السائق تابعا عرضيا له وهو الامر الذي يستلزم القول بانتقال الحراسة اليه خلال تلك المدة التي يتحقق فيها ذلك المملك منه (١)

ومع ذلك : فان ظروف الحال قد تفصح عن انتقال الحراسة الى المستأجر دون ما خرج منه عن مقتضى العقد كما لو كان اجل الايجار طويلا وكانت الظروف المحيطة بالعقد تستلزم من المستأجر ان يتصرف تجاه السائق

(١) د / شنب في رسالته ف ١٠٧ ص ٢٨ .

د / السنهوري ح ١ ف ٢٢٦ ص ١٠٨٢ - الأستاذ د / عبد الحى

حجازى في المرجع السابق ص ٥٢٨ ، الأستاذ / حسين عامر

في المسؤولية ف ٧٥١ ص ٧٦٦ .

التابع للمؤجر تصرف الأمر عليه فانه يحق القول بانتقال الحراسة الى هذا المستأجر في حدود استعماله للسيارة ولمدة تلك الفترة .

وعلى كل فانه يتعين الرجوع الى العقد لتحديد مدى سلطة كل من المؤجر والمستأجر على المائق التابع للاول ويمكن الاستدلال على رغبة المالك في نقل الحراسة كلما اتصحت شروط العقد عن موافقة المستأجر على تحمله لكل خطر او ضرر ينتج عن استعمال السيارة أو عن خطأ سائقها مدة سريان العقد .

الا انه يجب ان يلاحظ ان مسؤولية المؤجر تنحصر في كل ملتقى قيادة السيارة المؤجرة منه الى الغير - ومن ثم - فانه لو اجر شخص شاحنة الى آخر بقيادة المائق التابع للاول فان صاحب السيارة يظل الحارس لها في كل ملتقى قيادة تلك الشاحنة ولكنه لا يسأل عن الضرر الناشئ عن البضاعة المنقولة عليها متى كان المستأجر هو الذي تولى امر شحنها فقد يكون هذا الاخير بذك هو المسئول عما يحدث بسببها من ضرر .

٤ - عقد العارية :

يقتضى هذا العقد كذلك نقل حراسة الشيء العار الى المستعير متى تحمله هذا الاخير ليستعمله استقلالاً خلال الفترة المحددة في العقد (١)

وجب ان يلاحظ ان انتقال الحراسة الى المستعير انما هو بموجب ما يستتبعه عقدها من وضع الشيء تحت سلطة هذا الاخير استقلالاً لا من مجرد واجب المحافظة على هذا الشيء حيث ان وضعه تحت سلطة المستعير استقلالاً انما هو كاف في حد ذاته لانتقال الحراسة اليه مالم يكن في العقد ما ينفي عن تقييد حرية المستعير في استعمال الشيء الى الحد الذي يكشف عن ارادة الميعر في استبقاء سلطته على هذا الشيء رغم طارته ، كما لو اعار شخص سيارته لآخر الا ان الاول اثر الحيلة والحذر فرائق المستعير في سيارته

(١) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥٢ .

(٢) د / منب في رسالته ف ١٢ ص ١٠٩ .

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ .

حتى يتتبع بنفسه طريقة استعمالها والوجهة المحددة لها إذ لا شك أن المعير ،
بذلك يكون قد أفصح عن رغبته في التمسك بجوهر سلطته على السيارة فتكسبون
حراستها بذلك له ، ولا يفيض من ذلك أن تكون قيادة السيارة في تلك الحالة
للمعير أو للمستعير ، والامر كذلك فيما لو استبقى المعير سائقه على السيارة
ليقودها مع الخضوع لتوجيهاته إذ أن المعير بذلك يكون قد شاء الاحتفاظ
بسلطته عليها وقت الاغارة . وذلك خلافا لما إذا كان المعير قد سلم السيارة
الى المستعير ليستعملها هذا الأخير استقلالاً في الغرض المستهدف من
استعارتها خلال فترة محددة فإن المعير بذلك يكون قد أفصح عن ارادته فسي
ترك الحرية للمستعير في استعمال السيارة دون رقابة عليه وبالتالي يصبح هذا
الأخير هو الحارس لها ، وذلك هو ما أفصح عنه قضاء النقض الفرنسي في حكمه
الصادر في ١٩٧١/٣/٢٦ حينما نقض الحكم المطعون فيه استنادا إلى أن
محكمة الموضوع قد استبقت الحراسة للمالك على الرغم من الاغارة ، كما أخذت
على محكمة الموضوع أنها لم تتحرعاً إذا كان المستعير قد مارس على الشيء
سلطة الاستعمال والرقابة أم لا (١)

كما أفصح هذا القضاء في حكم له من قبل عن أن الشخص الذي يتلقى
حرية التصرف بالسيارة بموجب عقد الاغارة يسمى الحارس لها خلال فترة العقد (٢)

(١) الأسبوع القانوني الفرنسي ١٩٧٢ ، ٢ ، ١٦٩٥٢

— د / شنب في رسالته ف ٩٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ .

— د / عاطف النقيب في المراجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر نقض مدني فرنسي في ١٩٥١/١١/١٢ ، دالليز ١٩٥٢

١٩٥١

الفصل الثاني انتقال الحراسة دون ارادة الحارس

تمهيد :

لقد أشرنا من قبل الى ان حراسة الشيء تلازم السلطة الفعلية عليه ،
سواء استندت تلك السلطة الى وضع مشروع أم لم تكن كذلك .

ومن ثم فان خروج الشيء من يد مالكه او حارسه دون ارادته انما يستتبع
القول بنقد الحارس لهذه الصفة وانتقالها الى من استولى على الشيء وانفسرد
باستعماله دون ارادة حارسه .

ويمكن ان يكون المنتزع سارقا او تابعا شذ عن ارادة متبوعه واستقل
باستعمال الشيء دون ارادة هذا الاخير ، كما يمكن لهذا الفرض ان يتحقق
في حالة حمل المالك من قبل الغير على استعمال الشيء في غير ما يريد ماله
او حارسه قسرا وتعرض لهذه الفروض الثلاثة بالكلية التالية :

أ - سرقة الشيء من حارسه المسئول :

لقد استقر الاجتهاد القضائي والفقهى على اعتبار السارق حارسا للشيء
الذي سرقه وبالتالي فانه يكون مسئولا عن الاضرار التي تحدث بسبب هذا
الشيء طالما ظل حائزا له . وذلك هو ما افصحت عنه محكمة النقض الفرنسية
في حكمها الصادر في ١٩٤١/١٢/٢ ومابرج القضاء هناك يومئذ (١) فضلا

(١) انظر في ذلك داللو الانقادى - ١٩٤٢ - ٢٥ وتعليق ريبير

وتعليق على نفس الحكم في سبرى ١٩٤١ - ٢١٢ للاستاذ هنرى مازو ،
وانظر : نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٣/١١/٢٢ مجلة الاسبوع
القانونى ١٩٧٣ - ٣٤١٢٤ ، ونقض مدنى فرنسى الغرفة الثانية
فى ١٩٧٥/١٠/٢٧ مجلة القصر ١٩٧٦/٣/٦ ، المجلة الفصلية
للقانون المدنى ١٩٧٦ ص ٣٥٥ .

وانظر كذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٩/٤/٢٩ مجلة القصر

١٩٦٩ ، ٢٠ - ٢١٥ .

عن انه يمثل اتجاه جمهور الفقه الفرنسي^(١) ويمكن القول بان ذلك هو ما ذهب اليه القضاء المصرى نظرا لانه اتخذ من السلطة الفعلية مناطا لتحقيق صفة الحراسة فى العديد من احكامه التى اشرنا الى طرف منها من قبل وذلك هو ما ينسجم مع المفهوم القانونى للحراسة^(٢)

غير ان بعض الآراء قد شذت عن هذا هذا الاتجاه بحجة رعاية الضرور حينما ذهب الى القول بان اعتبار السارق حارسا قد يتعارض مع مصلحة الضرور وخاصة اذا ما واجه سارقا منعدم القدرة على الوفاء بالتعويض^(٣)

وبيدولنا ان هذا القول منقوض بأمر ثلاثة :

١ - ان السرقة تعتبر حدثا عارضا ان هى امر استثنائى ومن ثم فانه لا يمكن التوصل به الى هدم القاعدة العامة التى تقضى بشيوت الحراسة لمن له السيطرة الفعلية على الشيء وذلك فضلا عن ان النظر فى ذلك لا يمكن ان يكون للضرور وحده ، ان ماذنب المالك فى ان يسأل عن ضمان سرور لايد له فيه مباشرة أو تسببا .

٢ - أن السارق كما قد تنعدم لديه القدرة على الوفاء بالتعويض فقد يكون لديه القدرة على ذلك ومن ثم فان هذين الاحتمالين متساويان ومستوى تساوى الاحتمالات فان الاستدلال بها يسقط .

٣ - انه لا يمكن تحميل المالك عبء الضرر الحادث بدعوى ان هناك خطأ فى جانبه تمثل فى الاهمال الذى سهل للسارق الحصول على الشيء وذلك لسببين :

اولهما : ان الواقعة قد تتجرد عن نسبة الاهمال الى المالك ومع ذلك تتحقق السرقة لكونها غير مرتبطة ارتباطا سببيا باهمال المالك ، وهذا الفرض هو الاكثر وقوعا .

(١) انظر فى ذلك : أوسرى ورواسمان فى القانون المدنى ج ٦ ط ٦ ف ٤٤٨ مكره ص ٦٥٢ ، مازو فى المسئولية ط ٦ ف ١٢٢٩ ، ستارك نفسى الالتزامات ج ٦ ط ٦ ف ٥٠٤ ، ٣ / ٦١٤ .

(٢) انظر فى ذلك : ابراهيم الدسوقي فى رسالته الاعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات ط ٢٥ ف ١٦١ ص ١٢٢٤ الى ٢٢٦ ، د / سهير منتصر فى رسالتها ص ٢٠٤ ، / احمد شوقي عبد الرحمن فى بحثه ف ٥٩ ص ٧٢ .

(٣) انظر عرضا لهذا الرأى فى مؤلف د / عاطف النقيب ص ٦٠ المرجع السابق .

وثانيهما : انه على فرض القول بتحميل المالك عبء الضرر الحادث نتيجة ما قد ينسب اليه من اهمال فان هذا الاخير يستلزم اقامة الدليل عليه وعلى انه كان بذاته العامل المنتج للحادث وبدهى ان ذلك ليس من اليسير وخاصة مع ما نرجح من اعتماد نظرية السبب الملائم او المنتج عند تعدد الاسباب .

ومن ثم فانه يمكن القول بانه على الرغم من ان اهمال المالك يترك ابواب سيارته مفتوحة ، مثلا قد يكون مما سهل سرقتها الا ان الحادث وقع بـسبب السرقة وفعل السيارة وعلى يد سارقها فيكون هذا الفعل هو السبب المنتج للحادث (١) وذلك هو ما استقر عليه قضاء النقض الفرنسي (٢) والمصري .

ولئن كان للقول بعدم اعتبار السارق حارسا من مبرر يذكر فانه يكفى الضرر مؤنة البحث عن السارق الذي اعتبر حارسا وخاصة مع احتمال عدم الوصول اليه ومن ثم تكون المسؤولية على المالك .

ويكفى للرد على ذلك ان هذا الرأي يحمل المالك تبعة عدم الوصول الى السارق الذي اعتبر حارسا ولا ريب ان القول بذلك فيه من الاخلال بالعدالة ما فيه .

ب- خروج التابع عن تعليمات متبوعه :

لقد اشرنا من قبل الى ان التابع ليس هو الحارس المسئول عن الشيء الذي يستعمله لمصلحة متبوعه وذلك بحكم رابطة التبعية من جانب الاول للاخير والتي تتمثل في خضوع التابع في استعماله للشيء لمقتضى توجيه ورقابة المتبوع . بيد أنه قد يحدث عملا ان يستأثر التابع بالسلطة او السيطرة على الشيء مخالفا بذلك تعليمات متبوعه او معارضا بذلك مشيئته المقدرة او المصرح بها . ويتحقق

(١) د / سوبر منتصر في رسالتها ص ١١٢ / ١١٣ ، د / عاطف النقيب ص ٦٠ ٦١ .

(٢) حكم النقض الفرنسي السابق الاشارة اليه في ١٩٤١ / ٢ / ٢ وانظر تفصيلا لذلك في رسالة الدكتور / ابراهيم الدسوقي الاعفا من المسؤولية وحوادث السيارات ط ٢٥ ف ١٦١ ص ٢٢٤ - ٢٢٦ .

ذلك حينما يستعمل التابع الشيء في تحقيق مصلحة شخصية له تكون بمنزلة عن مصلحة المتبوع وهنا يمكن القول بان المالك او المتبوع قد فقد سلطته على الشيء طيلة الفترة التي استأثر فيها التابع بالشيء المملوك للاول وذلك يستتبع القول بان التابع قد امس الحارس المسئول عن الاضرار الناجمة عن الشيء الواقع تحت سيطرته ومشيتته (١) ومثال ذلك : ما لو طلب صاحب السيارة من سائقها التابع له ضرورة ايقافها في المكان المخصص لذلك لعدم حاجته اليها بيسد أن السائق استبقى السيارة تحت يده للذهاب بها في نزوة خاصة دون إذن من المتبوع . ولا شك أن السائق بذلك يكون قد عارض اوامر متبوعه حينما استأثر بالسيارة خلافا لمشيئة هذا الاخير فيكون بذلك هو الحارس المسئول عنها .

والامر كذلك فيما لو انحرف التابع بالسيارة عن وجهتها الاصلية بهدف استعمالها لمنفعته الشخصية ، كما لو عهد المتبوع الى السائق التابع لـه بنقل بضاعة على السيارة المملوكة للاول الى مكان حدد له على ان يعود فورا اتمام النقل والتسليم ، الا ان السائق استغل هذه الفرصة وقام بعد ذلك بالاتفاق مع آخر على نقل بضاعة مملوكة لهذا الاخير الى وجهة اخرى وذلك سعيا الى كسب يجنيه لنفسه خفية عن المالك وخلافا لتعليماته ، ولا ريب أن التابع بذلك قد استغل السيارة عاملا لمصلحته الذاتية فيسمى بذلك هو الحارس المسئول عنها طـوال تلك الفترة التي استغل فيها السيارة لمنفعته الخاصة (٢)

- (١) انظر نقض مدني فرنسي في ١٧/٤/١٩٤٧ واللوز ١٩٤٧ - ٣٦٢ ، ونقض مدني فرنسي في ٢١ نوفمبر ١٩٥٦ واللوز ١٩٥٢ - ٥١ ، وانظر في ذلك : د / السنيوري في الوسيط ج ١ ف ٧٢٦ ص ١٢٣٠ ، د / سليمان مرقص في الاحكام الخاصة المرجع السابق ف ١٨٩ ص ١٨٤ ، د / محمد كامل مرسى في الالتزامات ف ١٦١ ص ٣٣٠ ، د / حشمت ابوستيت في الالتزامات ف ٥٣٣ ، د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ١٠٧ ص ١٢٨ ، د / شهير منتصر في رسالتها ص ١٧٦ وما بعدها .
- (٢) ومع ذلك فان البعض يرى : ان تجاوز التابع لمصلاحيته اذا كان في العمل وفي المكان المخصص لذلك فان الحراسة تظل للمتبوع وذلك للأسباب الاتية : أولا : لان للمتبوع سلطة يابها على تابعه من حيث

ولا نَظَر في هذا الصدد لما يمكن ان يقال بان وجود التابع في خدمة متبوع هو الذي يَسر للاول طريق الاستيلاء على السيارة خلافا لمشيئة مالكها .
اذ سبق ان قلنا ان مناط ثبوت الحراسة لشخص ما انما يتوافر بمقتضى سلطته الفعلية على الشيء الموجود في حيازته .

الرقابة والتوجيه أثناء فترة العمل عند تواجده في مكان العمل ولا تكفي هذه السلطة وحدها لمساءلته مدنيا عن اعمال تابعه اذا كان الخطأ لا يرتبط بوظيفته ولكن وجود هذه السلطة في حد ذاته ينقص من سلطة التابع صفلا الاستقلال لخضوعه لسلطة المتبوع ويكون للاخير حراسة الشئ " " " ثانيا - انه لا يستتبع القول بان حيازة التابع للشئ قد تمت رغما عن ارادة المتبوع والغرض ان الشئ كان موجودا أثناء العمل في مكان العمل وقت استخدام التابع للشئ متجاوزا حدود وظيفته " " ثالثا - أن استخدام التابع للشئ أثناء فترة العمل وفي المكان المخصص لذلك من شأنه ان يجعل هذا الشئ خاضعا للسلطة المباشرة للمتبوع فدور التابع يقتصر على مجرد الحيازة المادية ، اما سلطة التوجيه المعنوي فانها تظل للمتبوع على ان للمتبوع سلطة التوجيه المادي للشئ الذي يوجد في مكان العمل " " رابعا - ان الاحكام القضائية التي تقرير فقد المتبوع للحراسة عند تجاوز التابع لحدود وظيفته تعنى بالاشارة الى أن استخدام التابع قد تم في غير اوقات العمل أو خارج مكان العمل وهذا يفيد بمفهوم المخالفة ان تجاوز التابع لحدود وظيفته في مكان العمل أثناء الفترة المخصصة للعمل جعل الحراسة للمتبوع " " انظر في ذلك : د / احمد شوقي عبد الرحمن في المراجع السابق ف ١٥٤ ص ١٤٠ ، ولكننا لانسلم بهذا الرأي ، اذا ما الذي يمنع من تصور حالات يتجاوز فيها التابع حدود صلاحياته فسي أثناء العمل وفي مكانه بصورة تستتبع فيها سلطة الحراسة من المتبوع ، كما لو استغل التابع وجوده في مكان العمل وأثناء ساعاته لاستعمال احدى الآلات لأغراضه الشخصية فضلا عن ذلك فان هذا الرأي يفترض أن العمل الذي يقوم به التابع محدود الدائرة وفي مكان معين وذلك فرض ليس صحيحا على إطلاقه .

وجب ان يلاحظ في هذا الصدد ان الفرض السابق لا يختلط بتلك الحالة التي يخالف فيها التابع تعليمات متبوعه لمصلحة هذا الاخير ، كما لو حدد المتبوع للسائق خطأ معيناً للسير فيه ، بيد ان التابع تخير طريقاً سهلاً واقصر للوصول الى غايته المحددة من قبل المتبوع ، اذ ان التابع بذلك يعمل لمصلحة متبوعه وفي الوجهة التي حددها من قبل ومن ثم فان الحراسة في مثل هذا الفرض تكون للمالك المتبوع وليس للسائق التابع (١)

جـ - حمل السائق على استعمال لايربده :

قد يتحقق زوال الحراسة عن المالك على الرغم من ان يده على الشيء المملوك له والحالات التي يتبدى فيها مثل هذا الفرض كثيرة في الواقع ومنها ما لو ان شخصاً كان يقود سيارته فحمله آخر قهراً على السير بها في اتجاه آخر ، فرضه عليه تحت تهديد السلاح ما سلبه حرية التصرف .

ولا شك ان السائق في مثل هذه الحالة يكون واقعاً تحت سيطرة الشخص الذي تسلط عليه ما حرمه الاستقلال بسيارته استعمالاً وتوجيهاً . ويمكن القول انك بأن السائق قد فقد سيطرته على هذه السيارة مما يستتبع النقل بانتقال حراستها الى من هدده وظل كذلك طيلة الفترة التي يكون فيها السائق واقعاً تحت هذا التهديد وبالتالي فانه لو حدث بفعل السيارة خلال هذه الفترة المذكورة ما أدى الى الاضرار بالغير فان مالكها او سائقها لا يسأل عن ذلك بل يكون المسئول هو من وجهه الى حيث يريد لانتقال الحراسة بذلك اليه (٢)

(١) ، (٢) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ .

البحث الثالث

موقف الفقه الاسلامي من انقضاء الحراسة وانتقالها

لقد اشرنا من قبل الى ان مفهوم الحراسة في الفقه الاسلامي يتمثل في وضع اليد على الشيء وضعا يمكن من استعماله وتوجيهه ورقابته على حد التعبير القانوني .

ولاريب ان زوال تلك اليد يستتبع عدم ضمان من زالت يده من على ذلك الشيء سواء كان ذلك بمقتضى تخلّي المالك عن ملكه بمعنى النزول عنه ^(١) او كان ذلك بمقتضى تصرف صادر منه في اى صورة يكون اى سواء كان ذلك عن طريق البيع او الايجار او الوديعة او يكون زوال اليد بمقتضى انتزاع الشيء جبراً من يد من كانت يده عليه كما في حالة السرقة والغصب .

وماكان زوال الحراسة في تلك الحالات الا لزوال وضع اليد الذي هو مناط الضمان في الفقه الاسلامي .

وقد سبق ان رأينا ان الفقهاء قد نصوا بصدد ضمان ما تحدثه الدابة على ان المودع والمستأجر للحفاظ كالمالك في ان كلا يضمن ما اتلفته الدابة ^(٢) وان " التقصير في حفظ الدابة لا يختص بمالكها بل يعم من قصر في ضبطها وحفظها من مالك او غالب او مودع او مستعير او مستأجر " ^(٣)

بيد انه يلزم لانتقال الحراسة في اى من هذه الحالات انتقال حيازة الشيء مع سبب هذا الانتقال ، فلا يكفي مثلاً مجرد العقد لانتقال الضمان دون تسليم الشيء تسليمًا فعليًا وفي ذلك يقول الامام السرخسي " ولو وضع ساجدة في الطريق او خشية باعها رجل وبرى اليه منها فتركها المشتري حستى عطب بها انسان فالضمان على الذي وضعها لانه كان متعدياً في وضعها

(١) ولذلك نص الفقهاء وعلى ان الضمان ينتفى نهائياً اذا لم يكن للحيوان مالك - انظر ذلك : الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ محمد الخفيف

ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

(٢) اسنى المطالب ح ٤ ص ١٧٣ ، النووي في شرحه لصحيح مسلم ح ١ ، ص ٢٢٥ .

(٣) قواعد الاحكام للعزيرين عبد السلام ح ٢ ص ١٦٦ .

فما بقيت في ذلك المكان بقي حكم فعله وكما ان انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع ^(١) "
وقد علق الزيلعي على تضمين البائع في تلك الحالة قائلا " ألا تسرى ان ذلك الاشغال ولو حصل من غير مالك كالمستأجر او المستعير او الفاصب ^(٢) "
يضمن

(١) المرسوم للمرخس ح ٢٧ ص ٨
(٢) تبين الحقائق ح ٦ ص ١٤٣ ط ١٩٧٢ م

الباب الثاني الاشياء التي تكون محلا للحراسة

تمهيد :

يطلق الشيء في اللغة ويراد به كل ما هو موجود سواء كان وجوده وجودا حسيا أم كان وجودا معنويا^(١).

ومن ثم عرف اللغويون الشيء بأنه كل ما يصح ان يعلم ويخبر عنه^(٢) ويدهى ان فكرة المسؤولية عن الاشياء لا تثور بصدد ما هو معنوي من الاشياء ان لا يتصور حدوث ضرر بسببها^(٣).

كما ان هذه المسؤولية لا تثور بصدد كل ما هو مادي من الاشياء ان يخرج عن نطاقها الاشياء الحية بأنواعها التي تتمثل في الانسان والحيوان والنبات كما يخرج عن حكمها الاضرار الناشئة عن تهدم البناء حيث تنظم المادة ١٧٧ مدني المسؤولية عما ينشأ عن ذلك من اضرار.

وبذلك ينحصر مدلول الاشياء التي تكون محلا لتلك المسؤولية في الاشياء الجامدة عدا البناء.

وهذا يكون المقنن قد اطلق المسؤولية عن الاشياء مريدا بها ما تقدم ذكره وذلك من باب اطلاق الكل وإرادة الجزء. وهو اطلاق لا تثريب عليه في استعماله لغويا.

الا ان القوانين لم تتفق على تحديد الاشياء التي تكون محلا لهذه المسؤولية فبينما نجد بعضا منها يعم احكام هذه المسؤولية على جميع الاشياء دون قصرها على نوع معين وذلك كالقانون اللبناني الذي نصت المادة ١٣١ منه على ان " حارس الجوامد المنقولة وغير المنقولة يكون مسئولا عن الاضرار التي تحدثها تلك الجوامد " ^(٤)

(١) المصباح المنير ج ١ ص ٥٥٥.

(٢) المنجد مادة (شيء).

(٣) د / سليمان مرقس في الفعل الضار - ١٩٦٧/١ ق ١١٤ - ٢١٤.

د / لبيب شنب في رسالته المسؤولية عن الاشياء ط ١٩٧٥ في ٢ ص ٥٥.

(٤) انظر في تفصيل ذلك د / عاطف النقيب في النظرية العامة للمسؤولية

الناشئة عن فعل الاشياء ص ١٣.

والامر كذلك بالنسبة للقانون المدني الفرنسي الذي نصت الفقرة الاولى من المادة ١٣٨٤ منه على انه يسأل الانسان ليس عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخص فقط وانما عن " الاشياء الموجودة تحت حراسته " (١)

ومن ثم فانه يخضع لنطاق هذه المسؤولية كل الاشياء غير الحية مهما كانت المادة المكونة لها وسواء كانت منقولة أم عقارية (٢) وسواء كانت عقارا بطبيعتها أم كانت عقارا بالتخصيص (٣) وسواء كان الشيء خطرا وتتطلب حراسته عناية خاصة أم كان غير خطرا اللهم الا تلك الاشياء التي ورد بشأنها نص صريح خاصة كالبناء اذا كان الضرر ناشئا عن تهدمه ١٣٨٦ . . . الخ وذلك خلافا لما ذهب اليه القانون المدني المصري من قصر احكام تلك المسؤولية على بعض الاشياء على ان يخضع ماسواها للقواعد العامة .

ومن ثم كان نص المادة ١٢٨ على ان " كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة الآلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " .

ومن ثم فان نطاق الاشياء التي تكون محلا لتطبيق احكام هذه المادة يقتصر على الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة للوقاية من ضررها وذلك فضلا عن الآلات الميكانيكية التي افترض المقتن حاجتها الى العناية الخاصة في حراستها نظرا لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتي .

(١) " on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore... des choses que l'on a sous sa garde "

(٢) ما زو في المسؤولية ج ٢ ف ١١٩٦ ص ١٨٤ .

(٣) دكتور / سليمان مرقس ، في الاحكام الخاصة ص ١٨٢
ص ١٢٦ .

وذلك ما سنعرض له في هذا الباب فضلا عن محاولة التعرف على موقف
الفقه الاسلامي من تحديد الاشياء التي يمكن ان تكون محلا للمسئولية عن
اضرارها .

ومن ثم تتوزع الدراسة في هذا الباب على فصول ثلاثة :

الفصل الاول : في تحديد الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة .

الفصل الثاني : في الآلات الميكانيكية .

الفصل الثالث : في موقف الفقه الاسلامي من تحديد الاشياء التي تكون
محلا للمسئولية عن اضرارها .

الفصل الاول تحديد الاشياء التي تتطلب حراستها خاصة

ليس ثمة شك في ان تطلب العناية الخاصة بشئ ما (في نطاق المسؤولية عنه) انما ينبع من خطورته ولكن متى يكون الشئ خطرا حتى يستأهل تلك العناية وبالتالي يخضع لنطاق الاشياء التي عنها النص للقانوني ؟
لقد اختلف الفقه حول الاجابة على هذا التساؤل وتبلور ذلك في ظهور الاتجاهين التاليين :

الاتجاه الاول : يرى ان خطورة الشئ تتحقق في حالتين :

الحالة الاولى : اذا كانت طبيعة الشئ تستلزم العناية الخاصة فبشيء حراستها نظرا لما يصاب تلك الطبيعة من خطورة ملازمة لها كالاسلحة غير الميكانيكية والمتفجرات والاسلاك الكهربائية والمواد الكيميائية .. الخ
ومرد تطلب العناية الخاصة في حراسة مثل هذه الاشياء انه لا يمكن توقي خطورتها الا ببذل العناية الفائقة لتعاطم احتمال تسببها في احداث الضرر .

ومن ثم فان معيار الخطورة في تلك الحالة انما هو معيار موضوعي .

الحالة الثانية : وهي التي لا تكون فيها الخطورة بحاجة لطبيعة الشئ الا انها تنبع من الظروف والملابسات التي تحيط بوضع وهو ما يستتبع بذل عناية خاصة في حراسته حتى لا يتسبب عنه اضرار بالغير .

فلئن كان قيام الشجرة في موضعها لا يورث من خطورة تستأهل ببذل عناية خاصة في حراستها الا انها تشكل خطرا متى اقتلعتها الرياح والقت بها في عرض الطريق والامر كذلك بالنسبة للصخور والرمال ان هي بحسب طبيعتها لا يتوقع منها خطر متى كانت مستقرة في موضعها الا ان انحدر الصخر من عسل او انهيار الرمال يمثل خطورة تستوجب الرعاية الخاصة في حراستها ، ولئن انتفت الخطورة عن السلم مثلا بحسب طبيعته الا ان دهانه بمادة لزجة لا ينفي^(١)

(١) لـ د / السنهوري في الوسيط ج ١ ف ٢٢١ ص ١٢٢٨ وما بعدها ،
وانظر تطبيقات أخرى في مازو في مظل المسؤولية ج ٢ ف ١٢٥٨ ،
ص ٣٥٩ ، ف ١٢٢٠ ص ٣٥٩ .

احتمال الانزلاق من فوقه ، وهكذا يكون للظروف والملابسات اثرها في اصفاء
صفة الخطورة على مثل هذه الاشياء على الرغم من ان طبيعتها لا يلوح منها
الخطر .

ومن ثم فان معيار الخطورة في تلك الحالة انما هو معيار شخصي ..
ومثل جمهور الفقه المصري انصار هذا الاتجاه الا بل (١)

-
- (١) انظر في ذلك : د / السنهوري في الوسيط في المرجع والموضع السابق
- د / حشمت ابو ستيت في نظرية الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ف ٥٥٧
ص ٥١٤ .
- د / عبد المنعم فرج الصدة في مصادر الالتزام ط ١٩٦٩ ، ف ٥٣٣ ،
ص ٥٨٣ .
- د / اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام ط ١٩٦٨ ح ١ مصادر
الالتزام ف ٢٥٨ ص ٥٥٤ .
- د / احمد سلامة في مذكرات في نظرية الالتزام ط ١٩٧٥ ، مصادر
الالتزام ، ف ٢٢٢ ص ٣٤١ .
- د / عبد الحى حجازي في المرجع السابق ص ٥٠٠ ، ٥٠١ .
- د / محمود جمال الدين زكى في الوجيز في نظرية الالتزام في القانون
المدنى ح ١ مصادر الالتزام ط ١٩٧٦ ف ٣٠٥ ص ٥٥٥ .
- د / عبد الرازق حسن فرج في المصادر غير الارادية ف ٥٥ ص ٦٨ .
- الاستاذ / حسين عامر في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،
ط ١٩٥٦ ف ٣٥٩ ص ٧٧٢ .
- د / سهيو منتصر في رسالتها " تحديد مدلول الحراسة في المسؤولية
عن الاشياء " ص ٥٢ .
- د / محمد نصر الدين رفاعي في رسالته " الضرر كأساس للمسؤولية
المدنية في المجتمع المعاصر " ف ٥٢٩ ص ٦٧٣ .
- د / بدر جاسم في رسالته " المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في
القانون الكويتي ص ٤٨ " وذلك هو ما اخذت به محكمة القاهرة الابتدائية
في حكم لها بتاريخ ٢٠ / ١٠ / ١٩٥٤ ، مجلة التشريع والقضاء
- ٧ - ٢١ - ٥٧ .

الاتجاه الثلثي : يرى قصر نطاق الاشياء التي تخضع للمادة ١٧٨ مدنى على ما يكون منها خطري بطبيعته وحسب ، اما تلك التي لا يلزمها الخطر بحسب طبيعتها فانها لا تدخل فى نطاق هذا النص ، وذلك هو ما ذهب اليه الجانب الآخر من الفقه (١)

(١) د / سليمان مرقس فى محاضرات فى المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ، القسم الثانى - الاحكام الخاصة - ط معهد الدراسات العربية العالمية ١٩٦٤ ف ٨٧ ص ١٧٩ .

- د / محمد لبيب شنب فى رسالته المسؤولية عن الاشياء ط ١٩٥٧ المرجع السابق ف ٤٩ ص ٦٩ .

- د / محمد نصر رفاعى فى رسالته "الضرر كأساس للمسؤولية المدنية فسى المجتمع المعاصر ط ١٩٧٨ ف ٥٢٩ ص ٦٧٢ وذلك هو ما ذهب اليه جانب من الفقه الفرنسى قبل المرحلة الاخيرة من مراحل تطوره حيث كان يرى هذا الجانب من الفقه ان الشخص لا يمسأل عن الاضرار الناتجة عن الاشياء طبقا للمادة ١٣٨٤ / ١ مدنى فرنسى اذا كانت هذه الاشياء تستلزم الحراسة نظرا للخطر الذى يحتمل وقوعه منها بحسب طبيعتها ولا يعتد بظروف الحادث فى تقدير ما اذا كان الشئ خطرا او غير خطر بل يجب اثبات ان الشئ خطري بطبيعته وذاته ومن ثم فانه اذا وقع الضرر بسبب اشياء غير خطرة بطبيعتها وجب الرجوع للقواعد العامة فسى المسؤولية وفقا للمادة ١٣٨١ مدنى فرنسى .

- انظر فى ذلك : جورج ربيير : القاعدة الخلقية فى الالتزامات ف ١٢٤ ص ٢٢٤ .

Repert, georges: la Regle Morale dans les obligations civiles 4 eme edn librairie Generale de droit et de jurisprudence paris, 1949.

- وانظر يوسف برسوم فى مسؤولية الاضرار الناتجة عن الاشياء الجامدة

ص ١٢ Barsoun YG: Responsabilite du fait des choses, these pour le Doctorat Imprimerie GE Albertiri. le Caire 1932.

وسنعرض لما احتج به انصار هذا الاتجاه الاخير متبعين كل حجة بما ثراه ازاءها وتخلص تلك الحجج فيما يلي :

اولا : ان المشروع التمهيدى قد افصح عن ان المقصود بالاشياء الخطرة هى التى تشترك مع الآلات الميكانيكية فى كونها تتطلب بطبيعتها عناية خاصة وذلك بدليل ان عبارة المشروع التمهيدى قد جرى نصها على ان " كل من يتولى حراسة آلات ميكانيكية او اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ... " الخ (١)

ولما كان مناط افتراض الخطأ فى المسؤولية عن الآلات الميكانيكية يرجع الى خطورتها بحسب طبيعتها فان ذلك يستتبع القول باشتراط الخطورة نفسى طبيعة الاشياء المشتركة معها فى الحكم .

وانظر نقض مثنى فرنسى فى ١٩٢٧/٢/٢١ حيث جاء فى هذا الحكم مايلى : " وحيث ان القانون لاجل تطبيق الافتراض الذى يقرره لا يميز بين ما اذا كان الشئ محركا او غير محرك بيد الانسان وانما يكفى ان يكون هناك شئ فى حاجة الى الحراسة وذلك بسبب ما يمكن ان يعرض له الناس من الاخطار " .

Mais attendu que la loi pour l'application de la presumption qu'elle edicte ne distingue pas suivant que la chose est ou non actionnée par la main de l'homme qu'il suffit qu'elle agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui).

ولا يدحض تلك الحجة - في نظر اصحابها - ما ادخله المقتن من تعديل طفيف على النص حيث انه لا يقصد بذلك اى تغيير فى المعنى وانما قصد به جعل المعنى اكثر وضوحا . ويبدو لنا ان هذه الحجة موضع نظر لاسباب ثلاث :

١ - ان تلخيص عبارة الآلات الميكانيكية انما هو تخصيص يعدد التعميم ويبدل ذلك لغويا على اشراك المخصص فى الحكم مع ما قبله فضلا عن لفت النظر الى اهميته . والحكم هنا هو المسؤولية عن اضرار الاشياء وليس هو مناط افتراض الخطأ فى المسؤولية . وذلك فضلا عما يفصح عنه هذا التخصيص من لفت النظر الى اهمية الآلات الميكانيكية فى سبب هذا التشريع نظرا لان هذه المسؤولية لم تنشأ الا بسببها ابتداء كما هو معلوم فى الفقه ومن ثم فان عطف الآلات الميكانيكية على الاشياء التى تتطلب عناية خاصة فى حراستها انما هو للاشتراك فى الحكم لا فى تطلب الخطورة ففى طبيعة هذه الاشياء .

ب - ان ما هو خطر بطبيعته من الاشياء - عدا الآلات الميكانيكية - قد يبدو نادرا بالنسبة لما هو خطر منها بحسب ما يلابسه من ظروف ومدهسى ان المشرع يقتن للغالب من الامور لا لما هو نادر منها ، ونجى الواقع على ان خطورة - غير الآلات الميكانيكية - من الاشياء لن يكون غالبا الا بحسب ما يقترن به من ظروف وملابسات .

ج - ان الآلات الميكانيكية وان كانت تتطلب عناية خاصة بمقتضى النص على ذلك الا انها قد لا تكون خطرة بطبيعتها وانما بمقتضى ما يحيط بها من ظروف وملابسات بل انها قد لا تكون خطرة على الاطلاق (١)

ومن ثم : فان ما يقتضى العناية الخاصة من الاشياء لا يقتصر على تلك التى تلازمها الخطورة بحسب طبيعتها وانما يصدق كذلك على ما تبعد وخطورته بمقتضى ما يحيط به من ظروف .

(١) د / محمد كمال موسى فى المرجع السابق ف ١٧١ ص ٣١٢ .
- الاستاذ / حسين عامر فى المرجع السابق ف ٢٥٩ ص ٢٢٢

ثانياً: ان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى قد افصحت عن قصد المقتنن حينما نصت على ان " هذا التخصيص قصد به الى قصر الحكم على تلك الاشياء التى تحتاج لحراسة بسبب الخطر الملازم لها ^(١)

اذ يفهم من هذا النص ان الحراسة التى يحتاج اليها الشئ بحسب الخطر الملازم له هى التى يحتاج اليها بحسب طبيعته لا بحسب وضع عارض فيه ^(٢)

ويبدو ان هذا التخصيص لم يقصد به قصر العناية فى الحراسة على ماكان خطراً من الاشياء بحسب طبيعته ولكنه ينصرف الى حاجة الشئ للحراسة بسبب الخطر الذى قد يصيب الغير بمضرة منه وفلا عن ذلك فان عبارة " الخطر الملازم لها " لا يستفاد منها قصر الحكم على الخطر الناتج من طبيعة الشئ وانما هى تصدق كذلك على مايمكن ان يقع من هذه الاخطار نتيجة لظروف الشئ وملابساته ، اذ ليس ثمة مايمنع من وصف الشئ الذى يصبح خطراً بظروفه وملابساته من انه شئ ملازم للخطر وان الخطر ملازم له وذلك منذ اللحظة التى يصبح فيها خطراً والى ان يزول هذا الخطر ^(٣)

ثالثاً: انه ليس ثمة مايدعوا لتطبيق حكم المادة ١٧٨ على الاشياء التى لا تلازمها الخطورة الا بحسب مايلابسها من ظروف ، حيث ان خطورة هذه الاشياء انما تتبع من وضعها لا من طبيعتها ومتى نبثت خطورة الشئ من وضعه فانه يسهل نسبة الاهمال فيه الى من قام به ولو من طريق قرائن الاحوال وليس ثمة شك فى ان المسؤولية المفترضة لم تشرع لمشكل هذه الاحوال التى يسهل فيها اثبات الخطأ ^(٤)

-
- (١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٣٥ .
(٢) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٦ .
- د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٤٩ ص ٦٨ / ٦٩ .
(٣) قرب هذا د / محمد كامل مرسى ، الاستاذ / حسين عامر فى المرجعين والموضعين السابقين .
(٤) د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٨٢ ص ١٧٩ / ١٨٠ وفى الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٦ ، د / لبيب شنب فى رسالته ف ٤٩ ، ص ٦٨ / ٦٩ .

والحق ان هذه الحجة لاتبرر إلقاء عبء الاثبات على المدعى ، اذ ليس هذا الاثبات سهلا في كل الاحوال بل انه قد يكون في بعضها اصعب من اثبات الاهمال في استعمال الآلات الميكانيكية وخاصة اذا كانت الظروف او الملابس التي يوجد فيها الشئ غير ظاهرة .

ثانياً : أن تطبيق المعيار الذي يأخذ به انصار الرأي الاول انما يؤدي الى دخول جميع الاشياء في نطاق تطبيق المادة ١٧٨ اذ ليستة شك نفسي في ان كل شئ قابل لان يصبح خطرا متى وجد في ظروف أو أحاطت به ملابس من شأنها ان تجعل حراسته محتاجة الى عناية خاصة - ومن ثم - فان تطبيق ما ذهب اليه انصار الرأي الاول انما يقضي على التفرقة التي اوجدها المقتن بين الاشياء من حيث ماهية المسؤولية عنها وذلك هو ما يستتبع المخالفة الصريحة لروح التشريع وما قصده واضعوا القانون من عدم اطلاق حكم المسؤولية على جميع الاشياء . وذلك فضلا عما يؤدي اليه من اعتبار المادة ١٧٨ متضمنة للقواعد العامة في المسؤولية نظرا لصدور غالبية الاضرار المستوجبة للمسؤولية عن اشياء وذلك على الرغم من ان " الواجب ان تكون احكام هذه المادة احتياطية يلجأ اليها حيث تدعو اعتبارات العدالة الى مساءلة اشخاص لم تقع منهم اخطاء وهذه الاعتبارات لا تتطلب المسؤولية الا حيث يكون الشخص قد استعمل شيئا خطرا بطبيعته " وبالإضافة الى ذلك فان " فكرة الخطر ليست فكرة نسبية وانما هي فكرة مطلقة تقتضي ان الشئ الخطر يعتبر كذلك في جميع الحالات والنسبة الى جميع الاشياء والاشخاص وصرف النظر

(١) قرب هذا د / محمد كامل مرسى ، الاستاذ / حسين عامر في المرجعين والموضعين السابقين .

(٢) د / سليمان مرقس في الاحكام الخاصة ف ١٨٢ ص ١٧٩ ، ١٨٠ وفي الفعل الضار ، ف ١٦٤ ص ٢١٦ ، د / لبيب شنب في رسالته ف ٤٩ ص ٦٨ ، ٦٩ .

عن كيفية استعمال الشيء وقت حصول الضرر * (١)

ويبدو لنا ان هذه الحجة تنهض على التسوية المفترضة بين الوضع في القانون المدني المصري واتجاه القضاء الفرنسي في مرحلته الاخيرة (٢) وذلك على الرغم من الفروق البينة بينهما في هذا الصدد والتي تتمثل فيما يلي :

أ - ان المسؤولية عن الاشياء في ظل القانون المدني المصري تنهض على معيار الشيء الخطر وبالتالي فان الاضرار التي تنشأ عن اشياء لا يعبر وضعها عن خطورتها انما تخرج من نطاق هذه المسؤولية .

وذلك خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي حيث تقوم المسؤولية عن الاشياء في ظله على اساس الضرر الحاصل من الشيء حتى وان لم يكن وضعه معبرا عن خطورته .

ب - ان المسؤولية عن الاشياء في ظل القانون المدني المصري تعتبر استثناءا من القواعد العامة في المسؤولية اذ هي لا تثور الا بمناسبة استعمال اشياء خطرة بطبيعتها او بظروفها وملابساتها .

وذلك خلافا لما استقر عليه الامر اخيرا في القانون المدني الفرنسي من أن المسؤولية عن الاشياء تعتبر قاعدة عامة تثور بمناسبة استعمال الشيء سواء كان خطرا أم لم يكن كذلك .

ج - ان عبء اثبات خطورة الشيء بحسب طبيعته أو بحسب ظروفه يقع على عاتق المدعى في ظل القانون المدني المصري وذلك خلافا لما استقر عليه الامر في فرنسا من ان المدعى لا يقع على عاتقه شيء من ذلك .

(١) د / لبيب شنب في رسالته - ف ٤٩ ص ٢٠ .

- الأستاذ / وديع فريج في الالتزامات دروس لطلبة الليسانس في العظام
الدراسي ٤٩ / ٤٩ ص ١٩ ٤٠٥ اشهر اليه الأستاذ لبيب شنب في
المرجع السابق ف ١٩ ص ٢٠ هامش ٢ /

- د / سليمان مرقس في الفعل الضار ط ٢ ف ١٦٤ ص ٢١٦ .

- د / محمد نصر رفاعي في رسالته السابقة ط ١٩٧٨ ف ٥٢٩ ص ٦٧٢ .

(٢) يرى الأستاذ الدكتور السنهوري رأيا قريبا من ذلك الوسيط ح ١ ،

ف ٧٣١ ص ١٢٣٨ .

وخلاصة القول :

ان اصحاب هذا الاتجاه الاخير يرون ان المعيار الذي يجب ان يعتمد به لبيان ما اذا كانت حراسة الشيء تتطلب عناية خاصة أم لا انما هو معيار يقوم على اساس موضوعي فقط لا علاقة له بالضرر الواقع ولا بالظروف التي احاطت به ومن ثم فانه يجب النظر الى ذات الشيء لا الى كيفية استعماله وقت حصول الضرر كما انه لا يعتمد بظروف الحادث لتقرير ما اذا كان الشيء خطرا او غير خطرا وانما يجب اثبات خطورة الشيء بحسب ما تنبئ عنه طبيعته .

ولقد رأينا كيف ان الادلة التي قام عليها هذا الرأي لاتساند دعواه ومن ثم فانه يبدو لنا رجحان ما ذهب اليه انصار الاتجاه الاول مستندين فسي ذلك الى مايلي :

اولا : ان القول بقصر الحكم المادة ١٧٨ على ما يكون خطرا من الاشياء بحسب طبيعته انما هو تخصيص لمعوم النص دون قيد يدل عليه من لفظ او وضوح قصد من المشرع ، حيث ان عبارة النص قد جرت على أن " كل من تولي حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة " وليس في هذا النص ما يشير الى تخصيص تلك الاشياء الا بكونها تتطلب عناية خاصة في حراستها ، وكما يصدق تطلب العناية الخاصة في الحراسة على الاشياء الخطرة بطبيعتها فانه يصدق كذلك على تلك التي يحيط بها الخطر بمقتضى ما يحيط بها من ظروف وملابسات .

والقول بغير ذلك فيما شرع يعتبر تخصيصا لعمومية النص دون ما دليل يدل عليه .

ثانيا : أن بعضا من انصار هذا الاتجاه الاخير قد نعى محاولة جانب من النقاد الفرنسي^(١) تحديد الاشياء الخطرة بطبيعتها عن طريق وضع قائمة بالاشياء الخطرة حينما رأى ان ذلك لا يساعد على استقرار الاحكام وتوحيدها في الفترة السابقة على وضع هذه القائمة بواسطة المحكمة

(١) وهي المحاولة التي نادى بها الأستاذ / بيير في كتابه القواعد الجنائية في الالتزامات المرجع الموضع السابق .

العليا وذلك فضلا عن ان وضع قائمة ثابتة لهذه الاشياء بحيث تستمر
بها المحاكم في جميع الحالات انما هو أمر يخرج عن نطاق وظيفة محكمة
النقض التي تراقب تطبيق القانون في الحالات الفردية المعروضة عليها
دون ان تتعدى ذلك الى وضع قواعد عامة ، كما ان هذه القائمة
ان كانت ثابتة لا يصح التغيير او التبديل فيها فانها تؤدي الى ان يقف
التشريع جامدا ازاء التطورات العلمية والصناعية السريعة التي يشهدها
العالم في العصر الحديث وان أجزئ التغيير والتبديل فيها كان ذلك
مدعاة لبلبلة الافكار وعدم الاستقرار ومهدا لنا لتحكم القضاء ، واقترح
صاحب هذا الرأي تبعا لذلك وضع معيارين آخرين يمكن للقاضي عن
طريقهما معرفة الاشياء الخطرة وهما الاستعانة بالاحصاءات المختلفة
والرجوع الى الرأي العام^(١)

بيد ان الرجوع الى الاحصاءات لتحديد قائمة بالاشياء الخطرة بطبيعتها
الى مانعاه صاحب هذا الرأي من قبل على تلك المحاولة التي نصادي
بها جانب من الفقه الفرنسي ، وذلك فضلا عن ان الرجوع الى الرأي العام
لا يمكن ان يكون معيارا منضبطا تتوحد من خلاله احكام القضاء .

وتجدر الاشارة اخيرا : الى ان المعيار التي نص عليه المقنن بالنسبة
للاشياء الخطرة انما هو معيار من يتيح للقضاء الاجتهاد للبت فيما يعتبر من
ضمن هذه الاشياء كلما تطلبت حراسته بذل عناية خاصة وذلك خلافا للنص الذي
يقضي بخضوع الآلات الميكانيكية لتلك المسؤولية - كما سنرى - حيث انه وضع
قاعدة عامة يطبق فيها النص بخلافه ولا مجال فيها للاجتهاد الا في مسائل
الواقعة .

رقابة محكمة النقض :

لقد اتفقت كلمة الفقه على انه لارابة لمحكمة النقض على ما تقرره محكمة
الموضوع بشأن ذاتية الشيء الذي أحدث الضرر كما اذا قرر القاضي ان الضرر
قد حدث بسبب انفجار لغم او تسرب غاز ... الخ ان ذلك امر يتعلق
بالوقائع المادية التي لا شأن للمحكمة العليا بها .

(١) د / محمد لبب شنب في رسالته - المرجع السابق ف ٥٢ ص ٧١/٧٢

أما فيما يتعلق بوصف الشيء الذي أحدث الضرر بأنه من الأشياء الستة تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو أنه ليس من ضمن هذه الأشياء فسيبقى جانب من الفقه أن الأمر في هذه الحالة يعتبر من قبيل التكليف الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا وذلك نظرا لتعلق الأمر بتفسير عبارات المادة ١٧٨ ومن ثم فهي مسألة قانونية لا تتعلق بالوقائع وبالتالي فإنه يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها أن الشيء الذي أحدث الضرر يحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضرره والا كان حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب (١)

-
- (١) د / سليمان مرقس في الفعل الضار ف ١٦٤ ص ٢١٧ .
- د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٥٥ ص ٧٥ .
- د / عبد الحى حجازي في الالتزامات - المرجع السابق ج ٢ ص ٥٠٢ .
- د / عبد المنعم فرج الصدة في مصادر الالتزام دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري ط ١٩٧١ ، دار الفكر العربي ، ف ٥٥٤ ، ص ٢٠٣ .
وانظر عكس ذلك د / حشمت أبو ستيت في مصادر الالتزام ف ٥٥٧ ص ٥٥٤ حيث يرى " أن تقدير ما إذا كان الشيء يحتاج إلى عناية خاصة أو لا مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع وأن لزمه أن يبين في حكمه أسباب رأيه والا شاب الحكم قصور في التسبيب وتعرض للنقض " .
وانظر في نفس هذا الاتجاه الأستاذ / حسين عامر في المسؤولية ف ٧٦٠ ص ٧٧٢ .

الفصل الثاني الآلات الميكانيكية

لم يعن نص المادة ١٧٨ مدني بتعريف الآلة الميكانيكية أو تحديد
مضمونها وكان على الفقه ازاء ذلك ان يحدد المقصود بتلك الآلة .
ومن خلال ما اوردته الفقه في هذا الصدد يمكن القول بان الآلة
الميكانيكية هي ذلك الجسم الصلب المزود بمحرك أو بقوة دافعة - عدا قوة
الانسان والحيوان - والتي يتمثل الغرض منها في تحويل عمل الى عمل آخر ^(١)
أو تحويل شيء الى شيء آخر ويستوى بعد ذلك ان تكون القوة الدافعة لتلك
الآلة متمثلة في بخار أو كهرباء أو بترويل أو مياه أو هواء وذلك دون نظر الى نوعية
الغرض من استعمالها أو الى المواد المصنوعة منها أو الى الشكل التي تظهر
فيه ^(٢)

-
- (١) د / محمد لبيب شنب في رسالته ف ٣٦ ص ٥٤ . ٥٥ .
(٢) د / السنيهوري في الوسيط ح ١ ف ٢٢٧ ص ١٢٣١ .
- د / عبد المنعم فرج الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٧٠٣ .
- د / محمد لبيب شنب في المرجع والموضع السابق .
- د / سليمان مرقص في الاحكام الخاصة ف ١٨٢ ص ٢٨ .
- د / محمد كامل مرسى في شرح القانون المدني الجديد الالتزامات
الجزء الثاني ط ١٩٥٥ ف ١٧١ ص ٣١٤ .
- د / محمود جمال الدين زكي في الوجه في نظريته الالتزام ط ١٩٧٦ ،
ح ١ ف ٣٠٥ ص ٥٠٥ .
- د / عبد الرازق حسن فرج في المرجع والموضع السابق .
- د / محمد نصر رفاعي في رسالته ف ٨٢ ص ١٤٥ .
- د / حشمت أبو سنيت في المرجع السابق ف ٥٥٢ ص ٥١٤ .
وجب ان يلاحظ ان الآلات التي تدار بقوة الانسان أو بقوة الحيوان
وان كانت لا تدخل في دائرة الآلات الميكانيكية الا انها يمكن ان تدخل
في نطاق الاعمال التي تتطلب حرساتها عناية خاصة للوقاية من ضررها
متى كانت للخطورة ملازمة لطبيعتها أو بحسب ما يحيط بها من ظروف
أو ملاهيات .

كما يستوى كذالك ان تكون تلك الآلة من المنقولات أو من العقارات
لورود النص بصددها بلفظ عام ومن ثم فان قصر مفهوم الآلة على ما كان منها من
المنقولات انما هو تخصيص لمعنى النص دون ما دليل يدل عليه ، اذ لو انصرف
قصد المقتن الى ذلك التخصيص لافصح عنه كما افصح عن ذلك بصدده الاضرار
الناشئة عن الجاني حيث لا تتحقق المسؤولية عنها الا اذا نشأ الضرر عن تهديم
العقارات الجنية وفق ما نصت عليه المادة ١٧٦ مدنى وبالتالى فهي لا تنطبق
على كل العقارات ولا على كل الاضرار الناجمة عن البناء (٤)

وفضلا عما تقدم فانه لا اهمية لهذا التقسيم بصدده المسؤولية عن الاشياء
وهي التى لا يستسيغ العقل اختلاف الاحكام بصددها باختلاف ما اذا كان سبب
الضرر منقولا أو عقارا .

وينصح نص المادة ١٧٨ مدنى عن ان المقتن لم يشترط نفسى الآلات
الميكانيكية ما اشتهر طه فى غيرها من الاشياء من تطلب العناية الخاصة نفسى
حراستها حيث افترض النص فرضا غير قابل لاثبات العكس حاجة تلك الآلات الى
العناية الخاصة فى حراستها نظرا لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى
ومن ثم فانه متى ثبت لمحكمة الموضوع ان الضرر قد نشأ عن آلة ميكانيكية فانفسه

-
- (١) د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٢٧ ص ٥٦ .
- د / السنهورى فى التيسيط ح ١ ف ٢٢٢ ص ١٢١٣ .
- د / محمد كامل مرسى - فى المرجع السابق ، ط ١٩٥٥ ، ف ١٧١ ص ٣١٤ .
- د / ابو اليزيد على الميث فى مقاله " المسؤولية المدنية عن حوادث
المساعد الكهربائية - مجلة المحاماة ، السنة ٣٨ ع ٢ ص ٢٥٨ .
- د / محمد نصر رفاعى فى رسالته السابقة ف ٥٥ ص ١٠٦ .
- د / جمال الدين زكى - فى المرجع السابق ، ف ٣٠٥ ، ص ٥٥٥ ،
ط ١٩٧٦ .
- د / بدر جاسم فى رسالته السابقة ص ٢٣ وما بعدها .

لا يحصى عن تطبيق ما تنقضى به المادة ١٢٨ (١)

وبالتالى فانه لا يجوز للقاضى ان يستبعد حكم تلك المادة بدعوى ان الآلة التى احدثت الضرر ليست خطرة او انها لا تتطلب فى حراستها بذل عناية خاصة للوقاية من ضررها (٢) وذلك فضلا عن ان تقدير ما اذا كان الشئ الذى احدث الضرر يدخل ضمن ذائفة الآلات الميكانيكية اولا انما هو من قبيل المسائل القانونية التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض وذلك نظرا لتعلق الامر بشرط من شروط المسؤولية عن الاشياء .

ومن ثم فانه يجب على محكمة الموضوع ان تصف فى حكمها الشئ الذى احدث الضرر بانه آلة ميكانيكية .

أما فيما يتعلق بنسبة الضرر الى شئ دون آخر فان ذلك يعتبر من قبيل مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بالقول الفصل فيها دون معقب عليه (٣)

ولقد أورد الفقه الكثير من التطبيقات لما يعتبر من قبيل الآلات الميكانيكية ومن امثلة ذلك السيارات والدراجات البخارية والقاطرات الكهربائية والبخارية والطائرات والمصاعد الكهربائية والآلات الصناعية والزراعية (٤)

-
- (١) د / حسن عكوش فى المسؤولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد دار الفكر الحديث ط ١٩٧٣ ف ٢١٢ ص ٤٤٧ .
- د / انور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ح ١ مصادرا للالتزام ط ١٩٦٢ ف ٥٦٧ ص ٦٢١ .
- د / حشمت ابوستيت فى المرجع السابق ط ١٩٦٣ ف ٥٥٧ ص ٥١٣ .
- (٢) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار ط ١٩٥٦ ف ١٦٤ ص ٢١٧ .
- والاحكام الخاصة ف ١٨٢ ص ١٢٨ .
- (٣) د / سليمان مرقس فى الفعل الضار - الوضع السابق .
- د / محمد لبيب شنب فى رسالته ف ٤٧ ص ٦٥ .
- د / محمد نصر رفاعى فى رسالته ف ٨٥ ص ١٥١ .
- (٤) انظر فى تفصيل ذلك :
- د / لبيب شنب فى رسالته من ص ٥٤ الى ٦٥ المرجع السابق
- د / بدر جاسم فى رسالته ص ٣٣ وما بعدها المرجع السابق
- د / محمد نصر رفاعى فى رسالته ص ١٤٥ وما بعدها المرجع السابق

المجلد الثالث موقف الفقه الاسلامي من تحديد الاغنياء التي تكون محلا للحراسة

تفصح مراجعة النصوص التي سبق ان اشرنا اليها بمناسبة الحديث عن مدى مشروعية المسؤولية عن اضرار الاشياء الجامعة في الفقه الاسلامي^(١) انها قد نصت على بعض الاشياء التي تمثل خطورة بحسب طبيعتها كالنار والسيوف والآلات الحادة كما انها نصت على بعض الاشياء التي تمثل خطورة بحسب ما يلزمها من ظروف لا بحسب طبيعتها .

ومع ذلك فانه لا يمكن القول بان الفقه الاسلامي قد فرق في هذا الصدد بين الاشياء الخطرة والاشياء غير الخطرة حيث ان ما تحدثه الاشياء من ضرر انما ينسب مباشرة الى واضع اليد على الشيء باعتباره مباشرا في احداث هذا الضرر او متسببا فيه - كما سنرى فيما بعد ان شاء الله تعالى - لان الشيء ليس سوى آلة في يد الشخص فهو يستعمله ويتصرف فيه كيفما شاء . ومن ثم فانه لا اهمية تبدو عندئذ لطبيعة الشيء من حيث كونه خطرا او غير خطر .

وان كنا مع ذلك نلمح من خلال هذه النصوص وغيرها ان الفقه الاسلامي قد شدد من واجب صاحب اليد على الشيء الخطر حينما اوجب عليه ضرورة التحرز وعدم التقصير في المحافظة عليه حتى لا يتسبب في اضرار بالغير .

وما يروى في هذا الصدد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم في مجلس يصلون سيفا يتعاطونه فيما بينهم غير مغمود فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألم أزجر عن هذا ؟ اذا سل احدكم السيف فليغمده ثم ليعطه اخاه^(٢)

(١) انظر بحث " مدى مشروعية المسؤولية عن اضرار الاشياء في الفقه الاسلامي "

(٢) مجمع الزوائد للهيتمي ج ٢ ص ٢٩٠ باب النهي عن تعاطي السيف مسلولا

(٣) انظر صحيح مسلم ج ٤ حديث رقم ١٢٤ - وفتح الباري بشرح صحيح البخاري ط ١٣٩١ المطبعة الخيرية ج ١ ص ٣٦٨ - واللفظ لمسلم .

وما روى عن أبي موسى الأشعري رضى الله عنه قال / قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من مرقى شئ من مساجدنا أو أسواقنا فليمسك أو قسأ فليقبض على نصالها بكفه أن يصيب أحدا من المسلمين منها بشئ " (١)

وذلك فضلا عن أن بعض المذاهب الفقهية قد رأت تضمين الضرر الناتج عن بعض الأشياء التي يمكن وصفها بالخطورة دون حاجة إلى إثبات نسبة الخطأ إلى ذي اليد عليها .

حيث يرى الحنابلة تضمين من أجج نارا بمكان منصوب سواء فسرط أو لم يفرط متى ترتب على ذلك مضرة بالغير (٢)

ومن قبيل ذلك ما رأه الشافعية والحنابلة والزيدية والامامية بصدد حديثهم عن جناية الحيوان من ضرورة التفرة بين الحيوان الخطر وغير الخطر إذ أنهم أفتوا بتضمين ذي اليد على الأول لما ينشأ عنه من أضرار في أي وقت متى ثبت التقصير في حفظه وذلك بخلاف الحيوان غير الخطر حيث لا يضمن ما ينشأ عنها من أضرار إلا في أوقات معينة (٣)

وعلى كل فإن مسلك القانون المدني الفرنسي كان أقرب إلى الفقه الإسلامي حيث لم يفرق الأول بصدد تلك المسؤولية بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة في المرحلة الأخيرة من مراحل تطوره .

وذلك هو ما تنصحه عنه نصوص الفقه الإسلامي التي سبق أن اشرنا إلى طرف منها (٤)

(١) انظر صحيح مسلم ج ٤ حديث رقم ١٢٤ - وفتح الباري بصرح صحيح البخاري ط ١٣٩١ المطبعة الخيرية ج ١ ص ٣٦٨ - واللفظ لمسلم .

(٢) منتهى الإرادات ج ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٣) انظر في ذلك المذهب ج ٢ ص ٢٤٣ .

(٤) المغنى ج ٨ ص ٣٣٨ .

البحر الزخار ج ٥ ص ٢٠٧ .

الروضة البهيمة ج ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

الاسباب الثلاثة

الترايط السببي بين الفعل وبين الضرر

تمهيد :

يفترض الترايط السببي بين فعل الشئ و حدوث الضرر ضرورة تدخل
الاول في تحقيق الثاني ، ولا بد ان يكون هذا التدخل ايجابيا حتى يصح
القول بنسبة الضرر الى الشئ ، ولكن ماهو المعيار الذي يصح القول مع وجوده
بتحقق هذا التدخل الايجابى ثم ماهى الصور التى يمكن ان يتحقق فيها
وجوده ؟

وقد تعدد الاسباب او الاشياء المتدخله فى احداث الضرر واذ ان لا بد
من تعيين ما يكون منها مرتبطا بالحادث سببيا والتالى يكون مولدا للضرر
او مساهما فى حصوله ، بيد ان تعيين السبب المولد للضرر لا بد ان يعتمد
على معيار يصح معه القول بتوافر رابطة السببية بين فعل الشئ وبين تحقق
الضرر ويقضى ذلك بالضرورة استعراض النظريات التى عرضها الفقه حلا لتلك
المسألة ، ولا ريب ان تعدد الاسباب المحدثة للضرر لا يختلط بتماقب النتائج
الضارة اذ تعنى تلك الحالة الاخيرة تسلسل النتائج انطلاقا من الفعل الاصلى
وأثره ، ان يوصل الفعل الى نتيجة تتبعها اخرى متميزة عنها نتيجة لما توافر
لذلك من الظروف .

واخيرا فانه لا بد من اثبات علاقة السببية بين الشئ والضرر حتى
يستأهل حارس الاول المسئولية عما يحدثه من ضرر .

ومن ثم فان الدراسة فى هذا الباب تنوزع على فصول ثلاثة :

الفصل الاول : فى لزوم التدخل الايجابى ومعياره وصوره .

الفصل الثانى : فى تعدد الاسباب المحدثة للضرر وتسلسله .

الفصل الثالث : فى اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشئ .

الفصل الاول

لزوم التدخل الايجابي ومعياره ومصوره

المبحث الاول

لزوم التدخل الايجابي ومعياره ومصوره في الفقه والقانون المدني

المطلب الاول

لزوم التدخل الايجابي لتحقيق رابطة السببية

ينصح نص المادة ١٧٨ مدني عن ضرورة حصول الضرر بفعل الشيء حيث لا قيلم للمسئولية عن الاشياء الا بتدخل من هذا الشيء في احداث هذا الضرر ان لو انعدم هذا التدخل لادى ذلك الى انتفاء رابطة السببية بين الشيء وبين تحقق الضرر ، وذلك هو ما يستتبع بدوره انتفاء المسئولية في تلك الحالة ومن ثم فانه لو أصيب أحد المارة بضرر نتيجة سقوطه وهو يعبر الطريق وتصادف مرور سيارة على مقربة منه فانه لا يمكن القول بان مرد وقوعه الى فعل السيارة انه لم يقم دليل على انها كلنت بذاتها او بصوت غير مألوف صدر عنها كانت هي العامل الذي سبب الوقوع الذي تحقق نتيجة تعثر الضرر في سيره . ولكن هل يمكن للمسئولية ان تقوم بأي تدخل من الشيء في احداث الضرر أم انه تدخل من نوع خاص ؟

وجيبا الفقه بحتية تحقق التدخل الايجابي للشيء في احداث الضرر ويتحقق هذا التدخل الايجابي كلما كان الشيء هو العامل المحدث للضرر او المشارك في احدثائه^(١) اما حيث ينتفى عن الشيء هذا الدور فان تدخله

(١) د / السنيهوري في الوسيط ج ١ ف ٧٢٨ ص ١٢٣٢ .

د / عبد المنعم الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٥ ص ٧٠٤ .

ولا ريب ان القول بتحقيق التدخل الايجابي للشيء انما يتفق والقواعد العامة التي تلقى يعب اثبات على من يدعي خلاف الظاهر والظاهر في تلك الحالة ان الشيء هو السبب المنتج للضرر وبالتالي فانه يقع على عاتق حارسه عب اثبات خلافه .

د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٨ ص ١٦٣ .

د / محمد نصر رفاعي في رسالته ف ٤٣٠ ص ٥٤٥ .

يكون سلبيا وهو ما لا يرتب تحقق رابطة السببية بين الشيء وبين الضرر .
وتبرز اهم مظاهر الدور الملبي لتدخل الشيء في تلك الحالات الستى
يكون فيها الشيء هو الذى تلقى الصدمة من غير ان يكسب له شأن في وقوعها
كما لو اصطدمت سيارة باخرى كانت واقفة في المكان المعد لوقوفها فاصاب الاولى
من ذلك ضرر وكما لو ارتطم شخص بشجرة ثابتة في مكانها فاستتبع ذلك ضرر
حاق به (١)

فمع ان الشيء في مثل هذه الحالات قد تدخل في احداث الضرر الا انه
تدخل لا يكفي لتحقيق رابطة السببية بين الشيء وبين الضرر لكونه تدخلا سلبيا (٢)

-
- (١) د / عبد الرازق حسن فرج في المراجع والموضع السابق ف ١٨٢ .
(٢) د / السنهاورى في المراجع والموضع السابق - د / حشمت ابوستيت في
المراجع السابق ف ١/٥٥٥ ص ٥١٠ - د / لييب شنب في رسالته
ف ١٢١ ص ١٥٢ - د / عبد المنعم الصدة في المراجع والموضع السابق
د / انور سلطان في المراجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢٢ / ٦٢٣ - دكتور /
سليمان موقس في الاحكام الخاصة ف ١٨٨ ص ١٨١ - د / عبد الحسي
حجازي في المراجع السابق ص ٥٤٦ د / اسماعيل غانم في النظرية
العامة للالتزام ف ٢٥٩ ص ٤٥٣ د / ابراهيم الدسوقي في رسالته
الاعفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات ط ١٩٧٥ ف ٣٣١ ص ٤٩٧
د / توفيق حسين فرج في النظرية العامة للالتزام ص ٣٨٦ - د / جميل
الشرقاوى ص ٤٩٦ - د / محمد نصر رفاعى في رسالته ف ٤٣٠ ص
٥٤٤ / ٥٤٥ - د / عاطف النقيب في المراجع السابق ص ١٤٤ وما بعدها
وانظر في الفقه الفرنسى :
هثري مازو في القانون المدنى مع التعمق ص ١٩٠ اشار اليه د / ابراهيم
الدسوقي في الموضع السابق .
- ساقايتيه في المسؤولية ج ١ ف ٢٧٩ ص ٣٥٣ ، رودير في المسؤولية
ف ١٥٢٠ وما بعدها .
- وانظر نفس مدنى فرنسى في ١٩٤٥ / ١ / ٢٣ د النور ١٩٤٥ - ٣١٧ -
حيث جاء فيه :

وعلى الرغم من ان جمهور الفقه قد جرى بحق على التفرقة بين التدخل
الايجابى والتدخل السلبي على النحو السابق بيانه الا ان جانباً من الفقه
قد ذهب الى القول بوجوب نفي هذه التفرقة في نطاق المادة ١٧٨ مدنى مصرى
وذلك نظراً لانه مادام الشئ " خطراً بطبيعته او بحسب الظروف المحيطة به
فان الضرر يعتبر في كل الاحوال راجعاً اليه متى ثبت تدخله في احداث الضرر
وذلك الى ان يقيم حارسه الدليل على رجوع الضرر الى سبب اجنبى لا يد له فيه
وذلك فضلاً عن ان هذه التفرقة وان صحت في ظل القانون المدنى الفرنسى
نظراً لانطباق المادة ١٣٨٤ / ١ على جميع الاشياء الا انه لا يجوز القول بها
في ظل المادة ١٧٨ مدنى مصرى حيث يقتصر نطاق تطبيقها على الاشياء
الخطرة فقط وهى لذلك تعتبر حتماً السبب المنشئ للضرر متى اقيم الدليل

vui article 1384 alin 1" du code civil, attendu
que pour " application de ce. texte chose incriminee
doit ette la cause du dommage, que si elle est pres-
umee en etre la cause. generatrice des lors qu'elle
est intervenue dans sa realisation cette presumption
est detruite par la preuve que la chose inerte ou.
non n'a joue qu'un role passif et aseulement subi
l'action erangere. generatrice du dommage"

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية " يشترط لتحقق مسئولية حارس
الاشياء المقررة في المادة ١٧٨ من القانون المدنى ان يقع الضرر
بفعل الشئ " ما يقتضى تدخل الشئ " تدخلاً ايجابياً في احداث
الضرر " نقض مدنى مصرى في ١٩٦٤/٢/٢٠ مجموعة
احكام النقض س ١٥ ص ٢٤٠ .

على مجرده. تدخل الشئ في حدوثه ، وبالإضافة الى ذلك فان الثقة بين التدخل الايجابى والتدخل السلبي في ظل القانون المدنى الفرنسى انما كان يمثل آخر فكرة لحصر قسمة الخطأ المفترض في حدود معقولة ومنعها من استغراق المادة ١٣٨٢ التى تقيم المسؤولية على اساس الخطأ الثابت والامو على خلاف ذلك فى القانون المدنى المصرى ومن ثم " فانه يتعين القول بان الضرر يرجع دائما الى التدخل الايجابى للشئ في حدوث الضرر " (١)

وذلك هو ما اتجه اليه القضاء الفرنسى اخيرا حينما انكر الثقة بيسر التدخل الايجابى والتدخل السلبي في نطاق الاشياء المتحركة كالسيارات والمصائد الكهربائية والسلم المتحرك واعتبر ان هذه الاشياء تكون دائما السبب المنشئ للضرر حتى ولو كانت في وضع عادى من كل الوجوه وذلك قضت بحكمة النقض الفرنسية بان " السلم المتحرك ولو كان وقت وقوع الحادث مطابقا لقواعد السلامة المطلوبة وكان سيره عاديا فان الجهاز بذاته يمثل خطرا معيناً ويتضمن على الاقل احتمال غور للاطفال على الخصوص وتفترض من ثم مسؤولية حارسه الذى يستطيع وحس قسمة المسؤولية كليا او جزئيا باثبات سبب اجنبى لا يسد له فيه " (٢)

وهذا ولنا ان ما ذهب اليه جمهور الفقه المصرى هو الاولى بالقبول والاخرى بالتأييد وذلك لما يلى :

اولا : لان هذا الرأى يتطابق ما يراه جانب من الفقه الفرنسى من ان التدخل السلبي لا يعد وان يكون في جوهره سببا اجنبيا (٣)

(١) محمود جمال الدين زكى في الوجيز نظرية الالتزام - المرجع السابق ط ٢

فا ٣١٦ ص ٦٦٠

(٢) انظر نقض مدنى فرنسى * الموقعة الثانية * فى ١٩٧٣/٢١ ، الاسبوع

القانونى ١٩٧٤ - ٢ - ١٢٨١٠

(٣) انظر فى هذا الاتجاه / روديو فى المجلة الثعلبية للقانون المدنى سنة

١٩٤٦ ص ١٢١ ولتنق تأنيك مع روديو فيما ذهب اليه من ان الدور السلبي

للشئ يستوى في طبيعته مع السبب الاجنبى .

الا اننا نرى مع جمهور الفقه ان الدور السلبى يختلف كل الاختلاف عن السبب الاجنبى . واية ذلك : ان المقصود من اثبات عدم التدخل الايجابى انما هو هدم علاقة السببية بين الشئ وبين تحقق الضرر ، اما المقصود من السبب الاجنبى فهو هدم علاقة السببية بين نشاط الحارس والضرر ومن ثم فان البحث عن الدور السلبى يتحصر فى نطاق التحقق من فعل الشئ واثره وذلك لىك يهدف الوقوف على مدى الصلة بين الضرر وبين الشئ ، وذلك بخلاف السبب الاجنبى الذى يستهدف البحث عنه التثبت من مدى الصلة بين الضرر ونشاط الحارس توصلا الى الاعفاء من المسؤولية .

وقد يسفر هذا التثبت عن وجود صلة بين الشئ وبين الضرر وقد لا يسفر عن ذلك وفى هذه الحالة الاخيرة فانه يجب التوقف عند هذا الحد لاقراره وذلك دون حاجة الى التحرى عن سبب اجنبى للاعفاء من المسؤولية ويستتبع ذلك امكانية نفى التبعة عن الحارس دون حاجة الى البحث عن عامل خارجى لاطائل من البحث عنه .

ومن ثم : فان البحث عن مدى الصلة بين الضرر والشئ انما يمثل مرحلة سابقة على البحث عن مدى توافر السبب الاجنبى وذلك هو ما يقضى الى القول بان الدور السلبى لا يختلط بالسبب الاجنبى (١)

ثانيا : ان الواقع قد ينطوى على بعض الحالات التى يكون فيها من الاسهل على الحارس نفى الصلة السببية بين الضرر وبين الشئ وذلك دون حاجة الى البحث عن سبب اجنبى للاعفاء من المسؤولية وبخاصة عندما يتعمد ر اثبات هذا السبب كما لو اتضح ان الشئ فى ظروفه لم يكن طبقا للمجرى العادى للامور - ان يؤلف المصدر المولد للضرر ، انه يصح فى هذه

(١) د / ابراهيم الدسوقي فى رسالته السابقة ف ٣٣٥ ص ٥٠٣ .

- د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٤٨ ، ١٤٩ .

- وانظر كذلك : بلانيول وريسر واسمان فى المرجع السابق ج ٦ ط ٢ ، ف ٦٢٠ / ٢ ص ٨٧٣ .

- امري ورو واسمان فى المرجع السابق ج ٢ ط ٦ ف ٤٤٨ ص ٦١٢ .

- تونك فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٦ - ١٧١ .

الحالة الاقتصار على اثبات الدور السلبى للشيء* توصلا لعدم تحمل التبعة ومن ثم فان الدور السلبى بذلك يكون قد وفر وسيلة لأغصاء الحارس خارج نطاق العناصر التقليدية للقوة القهرية ولا يجوز حرمانه من ذلك دون مبرر والا كان فى ذلك اخلال بالعدالة^(١)

ثالثا : أن الفقه مجمع على إمكان دحض دعوى التدخل الإيجابى للشيء* باثبات نقيضه وهو التدخل السلبى • فكيف إذن تنبذ التفرقة بينهما •

رابعا : أن استقصاء الدور السلبى قد يوفر من العناصر ما يمكن أن يشير السبب السبب الاجنبى فثبته أو تنضم الى غيرها لاثباته •

خامسا : ان القول بهذا الرأى يناقض ما استقر عليه قضاء النقض المصرى من أنه " يشترط لتحقيق مسئولية حارس الاشياء المقررة فى المادة ١٧٨ من القانون المدنى ان يقع الضرر بفعل الشيء* مما يقتضى ان يتدخل الشيء* تدخلا ايجابيا فى احداثه " (٢)

وتجدر الاشارة اخيرا الى ان ثبوت التصرف الخاطى* فى جانب الحارس لا يستتبع بالضرورة تحقق الدور الايجابى للشيء* فى احداث الضرر ، انه قد يكون الحارس مخطئا ومع ذلك يكون دور الشيء* فى احداث الضرر دور سلبى مادام قد ثبت ان الضرر لا يرجع الى فعل الشيء* وانما يرتد الى مصدر آخر كان هو العامل المنتج لذلك الضرر ، كما لو خالف السائق خط السير المخصص لاتجاهه فتعلق صبي بمؤخرة سيارته فافلتت يده الصبى وسقط مصابا بضرر جسمى ، فلا شك أن السيارة فى هذه الحالة لم يكن لها دور مولد فى احداث الضرر طبقا للمجرى

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق •

(٢) نقض مدنى السابق الاشارة اليه •

- وانظر مقارنة الدور السلبى بالسبب الاجنبى تفصيلا د / ابراهيم الدسوقي فى رسالته السابقة ص ٥٧٤ الى ٥٨١ •

العادى للامور ، انه يظل العامل المنتج للخبر راجعا الى تقصير الولد
باندفاعه وراء السيارة ولا محل للقول فى تلك الحالة بانه لولا سير السيارة
على الشكل المخالف لما تعلق بها الصبي ولما لقي تلك النتيجة الضارة ، ان
العبء هو فى ابراز السبب المنتج للحادث من بين اسباب اخرى احاطت به
دون ان يكون له دور فاعل فيه (١)

(١) د / عاطف النقيب فى المرحه السابق ص ١٥٠ .

المطلب الثاني معيار تحقق التدخل الايجابي وصوره

الفصل الاول معيار تحقق التدخل الايجابي

لقد اشرنا من قبل الى حتمية الترابط السببي بين فعل الشئ وسين حدوث الضرر حتى تقوم المسؤولية عن اضرار الاشياء بمعنى انه يجب ان يكون الشئ هو السبب المنتج او المولد لتلك الاضرار ، وانتهينا الى ان السببية هنا لابد ان تتمثل في تدخل ايجابي من الشئ حتى يمكن القول بنسبة الضرر الى فعله .

ولكن متى يكون تدخل الشئ ايجابيا حتى يصدق عليه انه السبب فسي ترتيب تلك النتيجة ؟

لقد برز في الفقه والقضاء نظريتان لتحديد الظرف الذي يحقق توافره التدخل الايجابي للشئ وهما نظرية الشئ الساكن والشئ المتحرك ونظرية الوضع الشاذ وتعرض لهاتين النظريتين بالكلمة التالية :

اولا : نظرية الشئ الساكن والشئ المتحرك .
تقوم هذه النظرية على اساس ان التدخل يكون ايجابيا كلما كان الشئ متحركا وقت حدوث الضرر - او هو على الاقل كان في موضع حركة ، اما اذا كان الشئ ساكنا فانه لا يمكن ان ينتج عنه ضرر ان لا يمكن ان يكون تدخله اسلبيا وهو ما لا تتوافره رابطة السببية بين فعل الشئ وبين تحقق الضرر .

ومع ان هذه النظرية قد لقيت قبولا من بعض محاكم الموضوع الفرنسية (١) وجانب من الفقه (٢) الا ان محكمة النقض لم تعمل على هذه النظرية لما وجه اليها

(١) دالوز الاسبوعي ١٩٢٩ - قسم الاحكام المختصرة ، دالوز الاسبوعي

١٩٣٩ - ١٩٢٧ - اثار اليها / ايبي غيب في رسالته ، ص ١٥٥ ،

هامش ٢٠١ .

(٢) انظر في ذلك : مازو في المسؤولية ح ٢١١١ / ٤ ص ١٩٨ - =

من نقد تمثل فيما يلي : (١)

١ - أن هذه النظرية لم تلتفت الى صعوبة تحديد ما اذا كان الشيء ساكناً أو متحركاً وقت الحادث ومن البين ان ذلك ليس بالامر اليسير كما لو سقط جسر أثناء مرور سيارة عليه ، فهل يمكن القول باعتبار الجسر سبباً فيما حاق بالسيارة وركابها من ضرر بحسب ان انهياره يجعله في حالة

اسمان في بلانيول وريبير في القانون المدني ج ٦ ف ٦٢١ - ٣ .
- ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٣٦ ص ٣٤٥ ، ٣٥٤ .
وفي ذلك يقول الأستاذ / اسمان " ان حركة الشيء ونشاطه هي التي تسمح فقط بافتراض خطأ الحارس وقيام قرينة الخطأ اما في حالة الاشياء الساكنة فلا يوجد ما يستدعي قيام هذه القرينة وافتراض الخطأ في جانب الحارس بل الاصح افتراض هذا الخطأ في جانب الضرر " داللو - ١٩٣٦ - ٦٥ .

كما يقول الأستاذ سافاتييه " ان غالبية الاحكام التي طبقت المادة ١٣٨٤ / ١ على الاشياء الساكنة تعتمد في ذلك على وجود الخطأ ويكون اساس المسؤولية في الحقيقة هو المادة ١٣٨٢ / وليس للمادة ١٣٨٤ / ١ - داللو ١٩٣٠ - ٨٤ - ١ - داللو ١٩٣٥ - ٢ - ١٧ .

(١) انظر في نقد هذا الاتجاه :

- جوسران في درسه في القانون المدني الوضع الفرنسي ف ٥٣٩ ، ص ٣٣٠ .

- مازو في المرجع والموضع السابق .

- د / لبيب غناب في رسالته ف ١٣٢ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

- د / ابراهيم الدسوقي في رسالته ف ٣١٠ ص ٤٦٢ ، ٤٧١ .

- د / محمد نصر رفاعي في رسالته (الضرر) ف ٥٣ ، ٥٤ ص ١٠٤ / ١٠٦ .

- د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٥٢ ، ١٥٣ .

- د / انور سلطان في المرجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢٢ .

حركة أم أنه لا يمكن اعتبار الجسر سبباً في ذلك لأنه لا يكون إلا ساكناً ؟

٢ - أنه ليس هناك من تلازم بين تحقق التدخل الإيجابي وبين حركة الشيء أو سكونه ، إذ قد يكسبون الشيء متحركاً ومع ذلك لا يتحقق هذا التدخل الإيجابي ، فلو أن سائق دراجة ميكانيكية اصطدم بجانب سيارة آتية سيرها المنتظم بسبب ما ثبت من انحراف الأول جهة هذه السيارة دون روية وتبصر فاستتبع ذلك ضربة حاققت بقائد تلك الدراجة فانه لا يمكن القول آنشد بأن السيارة لها دور منتج في الحادث مع أنها كانت متحركة والامر كذلك فيما لو كانت سيارة تسير سيراً منتظماً وسقط فجأة عليها أحد عمال البناء فأصابه ضرر من جراء ذلك ، فعلى الرغم من أن السيارة كانت في حالة حركة إلا أنه لا يمكن القول بأنها كانت السبب المولد للحادث حيث يرجع السبب الحقيقي في سقوط العامل إما إلى حركة خاطئة منه وإما إلى وهن السقالات التي يقف عليها وقد يرجع إلى غير ذلك من الأسباب ولكن الأمر المؤكد أن السيارة ليست هي السبب الذي أدى إلى تحقق هذا الضرر .

وقد يكون الشيء في حالة سكون ومع ذلك يكون هو السبب المولد للضرر ، كما لو اصطدم قائد دراجة بسيارة واقفة في منتصف الطريق فلا شك أن ما يصيب قائد الدراجة من ضرر إنما يكون مرده إلى السيارة وذلك على الرغم من أنها كانت ساكنة وقت وقوع الحادث . وذلك يفضي إلى القول بأنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكون تدخل الشيء في إحداث الضرر تدخلاً إيجابياً على الرغم من أنه يكون ساكناً وقت حدوثه .

٣ - أن القول بهذه النظرية يتعارض مع مصلحة الضرر وذلك نظراً لأن استبعاد الأشياء الساكنة من نطاق تطبيق الأحكام الموضوعية لهذه المسؤولية إنما يستتبع حرمانه من المزايا التي تقررها المسؤولية عن الأشياء سواء من حيث القاعدة الموضوعية التي تقررها أو من حيث تسهيل عبء إذ يقع على الضرر وفقاً لهذه النظرية إثبات خطأ حارس الشيء الساكن الذي تسبب في الأضرار وعلاقة السببية بين الخطأ وما نتج عنه من ضرر وذلك فضلاً عن أن رفض هذه النظرية لا يتعارض مع مصلحة الحارس إذ أن له دائماً إثبات أن الشيء لم يقم إلا بدور سلبي بحث في تحقيق الضرر .

ثانياً : نظرية الوضع الشاذ :

يتحقق الوضع الشاذ للشيء كلما كان في وضع لا يتفق والقواعد المرعية قانونياً او عرفاً بين الناس بحيث يؤدي ذلك الى حصول ضرر بحكم المجرى العادى للامور^(١) كما لو وقت سيارة ليلاً في الطريق العام وهي غير مزودة بإنارة تسمح للغير بروتبتها اذ تعتبر هذه السيارة بحسب وضعها ذاك في وضع شاذ ومن ثم فان حارسها يكون مسؤولاً عما ينتج عن ذلك من اضرار تصيب الغير وذلك هو ما اتجه اليه الفقهاء المصري^(٢) وجانب من الفقه والقضاء الفرنسي^(٣) .

وتعتمد هذه النظرية على مبررات تستمدّها من واقع الحياة الاجتماعية حيث إن مراعاة القواعد الموضوعية قانوناً او المتعارف عليها بين الناس في سلوكهم العادى إنما يمثل الوضع الطبيعي لجريات الامور في تلك الحياة ومن ثم فان

-
- (١) انظر في تفصيل ذلك : د / ابراهيم الدسوقي في رسالته السابقة ف ٣٣٩ ص ٥١١ ، ٥١٢ ، د / السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٧٢٨ ص ١١٣٢ - د / توفيق حسن فرج ص ٤٩٦ - د / محمود جمال زكى في الوجيز في الالتزامات ف ٣١٦ ص ٦٥٥ ، ٦٥٦ .
- (٢) د / السنهوري في المرجع والموضع السابقين - د / حشمت ابو ستيت في المرجع السابق ص ٥١١ - د / عبدالحى حجازى في المرجع السابق ص ٥٦٦ - د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٤ ص ١٥٧ - د / احمد سلاّم في مذكرات في مصادر الالتزام ص ٣٤٢ ، د / نعمان جمعه في دروس في الواقعة القانون ص ١١٦ - د / عبدالرازق حسن فرج المرجع السابق .
- د / بدر جاسم في رسالته ص ٢٤ ، ٢٥ .
- د / سهير منتصر في رسالتها ص ٤٦ ، ٤٩ .
- (٣) ما زو في المسؤولية ح ٢ ف ٢/١١٢١ .
- ملغيات في المسؤولية ح ٢ ف ٥٠٥ مكرر ص ٦٠٠ .
- وانظر : نقض مدنى فرنسى في ٤/٥/١٩٥٦ - الاسبوع القانونى - ١٩٦٥ .

الشذوذ عن هذا الوضع يستوجب المساءلة القانونية متى تسبب ذلك في ضرر أصاب الغير .

ويستوي أمام هذه النظرية أن يكون الشيء الذي تسبب في الضرر ساكنا أو متحركاً طالما أن الوضع الشاذ هو المعيار الذي يتحدد على أساسه دور الشيء في أحداث الضرر^(١)

ومن ثم فإنه متى كان الشيء مألوفاً في وضعه وفقاً للمجرى العسادي للامور فإنه لا يكون مصدراً مولداً للضرر ولذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن تعثر شخص بفوهة أنبوية مياه نظراً لأن هذه الأنبوية كانت في موضعها العادي وليس لها دور إيجابي في أحداث الضرر كما رفضت المحكمة القضاء بمسئولية حارس السيارة التي كانت تشغل وقت الحادث وضعاً معتاداً في الطريق إذ هي بذلك لم تقم إلا بدور سلبي لا يصلح مبرراً للحكم بالتعويض^(٢)

ومع أن هذه النظرية لها من الواقع ما يؤيدها ومن السند القانوني

== ٩٤٤٦ حيث جاء فيه " أن المسئولية عن فعل الشيء تترتب على حارسه وان لم يكن الشيء خطراً كلياً كان هذا الشيء يوضعه الشاذ أو غير السليم السبب المولد للضرر " .

(١) انظر نقض مدني فرنسي في ١٩٦٥/٥/٢٩ الاسبوع القانوني ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٢٤٨ ، ونقض مدني فرنسي في ١٩٧٣ / ١٠ / ٣ الاسبوع القانوني ١٩٧٣ - ٤ - ٣٦٤ .

(٢) نقض مدني فرنسي في ٢١ يناير ١٩٤١ ، ١٩٤١ فبراير ١٩٤١ ، سبيري ١٩٤١ - ٤٩١ .

- نقض مدني فرنسي في ٢٣ يناير ١٩٥٩ ، داللو ١٩٥٩ - ١٠١ .

- ونقض مدني فرنسي في ٢٧ أكتوبر ١٩٦٦ - داللو ١٩٦٧ - ملخص ١٨ .

- ونقض مدني فرنسي في ٢٨ أبريل ١٩٧١ - داللو ١٩٧١ - ملخص ٢٢ .

ما يبررها الا انها مع ذلك كانت محلا لنقد جانب من الفقه وهو ما تمثل فيما يلي (١)

١ - أن هذه النظرية تخلط بين رابطة السببية وبين الخطأ حيث انها
تصرف نظر القاضى عما يجب ان تنصب عليه عنايته وهو البحث عن توافر
السببية بين الشيء والضرر الى البحث عن امر آخر وهو ما اذا كان
الحارس قد اخطأ أم لا ، إذ أن البحث عما اذا كان الشيء فى وضعه
المألوف أم لا ، إنما هو فى الحقيقة بحث عما إذا كان الحارس قد اخطأ
بترك الشيء وفى هذا الموضع أم لا ، . . .
ومن ثم : فان تأسيس الحكم برفض التعويض على مقولة أن الشيء كان
فى وضعه المألوف إنما هو فى الواقع حكم مؤسس على انتفاء الخطأ فى جانب
الحارس . ولا شك ان البحث عن مدى توافر الخطأ إنما يخالف ما تنهض عليه
المسئولية عن الاشياء من خطأ مفترض فى جانب الحارس .

ولقد رد الفقه هذا الاعتراض بأنه اذا كان يمكن نسبة الخطأ الى الحارس
فى بعض الحالات لوضعه الشيء فى غير موضعه المألوف فان هناك من الحالات
ما لا يمكن فيها نسبة الخطأ اليه على الرغم من أن الشيء يوجد فى وضع شأنه
كما لو تعطلت سيارة فجأة لخلل فى آلاتها وترتب على ذلك ان اصطدمت بهما
سيارة كانت تتبعها فلا شك ان السيارة الامامية كانت فى تلك الحالة فى وضع غير
مألوف ، بيد أن وجودها فى ذلك الموضع لا يرجع بالضرورة الى خطأ فى جانب
الحارس متى كان قد بذل فى فحصها وصيانتها غاية الرجل المعتاد ، وهكذا
يوجد من الفروض ما يكون وضع الشيء فيه غير مألوف دون خطأ يمكن نسبته الى
حارسه ومع ذلك يكون مسئولاً عما يتولد عنه من ضرر .

ومع ان هذا الرد يثبت امكانية وجود الشيء فى وضع غير مألوف مع انعدام
نسبة الخطأ الى الحارس الا انه قد يحدث خلط بين رابطة السببية والخطأ نفسى
فى بعض الفروض الاخرى التى يمكن فيها نسبة الخطأ الى الحارس لوضعه الشيء
وضعا غير مألوف . ومن ثم رأى جانب من الفقه بحق - انه يمكن دفع هذا

(١) انظر فى ايراد هذه الاعتراضات والرد عليها :

- د / لبيب شنب فى رسالته ف ١٣٥ ص ١٥٨ ، ١٦٠ .

- د / ابراهيم الدسوقي فى رسالته ف ٣٤١ ، ٣٤٢ ص ٥١٤ ، ٥١٩ .

الخلط عن طريق اقتصار البحث في هذه الحالة على ما اذا كان الشيء بحسب وضعه هو السبب المنتج للضرر لا دون التطرق الى سبب وجود الشيء فسي هذا الوضع^(١)

٢ - أن القول بهذا المعيار سيؤدي بالقضاء الى حتمية فحص وقائع وظروف كل حالة حتى يصل الى حقيقة وضع ومسلك الشيء وقد يؤدي ذلك الى تناقض الاحكام نظرا للحرية الكاملة لكل قاض في تقدير مدى توافر علاقة السببية بين فعل الشيء وبين تحقق الضرر .

وقد ورد هذا الاعتراض بان تلك الحرية المنوطة للقاضي ليست مقصورة على التحقق من وجود علاقة السببية من عدمه ، انه ان مثل هذه الحرية متروكة للقضاء ايضا لتقدير ما اذا كان هناك خطأ من عدمه حالة ما يكون هذا الخطأ واجب الاثبات ولم يقل احد بان ذلك يؤدي الى تناقض احكام القضاء^(٢)

وعلى كل فان معيار الوضع الشاذ لتحقيق التدخل الايجابي للشيء اصبح هو المعيار الذي يعتقه جمهور الفقه والقضاء المصري والفرنسي كما سبقست الاشارة الى ذلك .

وتجدر الاشارة اخيرا الى ملاحظتين :

الملاحظة الاولى : ان القضاء هو المرجع في تحديد ما اذا كان وضع الشيء شاذ او غير شاذ بحسب خبرته العامة ومسترشدا في ذلك بالكشف عن استعمال المعدل للشيء في العادة والاحصاءات ومن ثم فانه لا يعتد في تقدير وضع الشيء بالخبرة الشخصية للحارس ولا برأى الضرر .

الملاحظة الثانية : ان معيار الوضع الشاذ ليس معيارا قاطعا وانما هو مجرد مرشد للقاضي للاستئناس به ومن ثم فانه اذا اثبت ان الشيء وقت الحادث كان في وضع غير عادي فانه يستطيع استنادا الى هذه الواقعة تقرير ان الشيء كان هو السبب المولد للضرر ، بيد انه يمكن اثبات العكس متى وجد في ظروف

(١) د / ليوب شنب في المرجع والموضع السابق .

(٢) د / ابراهيم الدسوقي في رساله من ١٢٠٠ .

الحادث ما يمكن ان يستخلص منه ان الشيء وان كان في وضع غير مادي
الا انه لم يكن هو الاداة المحددة للضرر وذلك فضلا عن انه ليس شيء ما يمنع
من اثبات التدخل الايجابي للشيء على الرغم من ان وضعه كان مألوفاً
وطبيعياً (١)

-
- (١) د / لبيب منب في رسالته في ١٣٦ ص ١٦٠ و ١٦١ •
- د / ابراهيم الدسوقي في رسالته في ٣٤٣ ص ٥١٨ •
- د / عاطف النقيب ص ١٥٦ - المرجع السابق •
- د / بدر جاسم في رسالته ص ٧٤ •
- الامتاز / محمد كمال عبد العزيز في التفتيش المدني ص ١٠٧
السابق ص ٢٠٧ •

المسرح الخامس صور التدخل الايجابي للمسيح

يتحقق التدخل الايجابي للشيء في صورتين :

الصورة الاولى : وهي حالة ما اذا كان هناك اتصال مادي بين الشيء وبين
الشخص المضرور او المال الذي اصابه التلف .

ويتحقق هذا الاتصال المادي عادة عندما يتصل الشيء بموضع الضرر من
قريب ان يفصل بينهما عامل آخر .

ولا يحول دون مادية هذا الاتصال كون الشيء غير صلب ، حيث يمكن
أن تتحقق هذه الصورة في حالة ما اذا كان الشيء ممثلا في غازات او تيارات
اشعاعية او حرارة او طاقة كهربائية بلغت موضع الضرر من جسم انسان او كيان
شيء .

الصورة الثانية : وهي حالة ما اذا تمثل تدخل الشيء في احداث الضرر عن
طريق تهيئة السبيل الى تحقيقه وذلك دون اتصال مادي بين الشيء وبين الضرر
كما لو مرت سيارة بالقرب من الرصيف محدثة ضوتا غير مألوف فتزعج بسببه الواقف
على حافة الرصيف من احتمال الخطر فاستتبع ذلك اضطرابه فوقع مصابا بجروح
والا مراكب فيا لو تعمد السائق قطع الطريق عرضا بالشكل الذي يباغت به
سائق سيارة خلفه فيرتبك هذا الاخير ويجنح ليصطدم بشجرة او بالحاجز
الفاصل بين جانبي الطريق ويؤدي ذلك الى حدوث ضرر بمن كانوا في السيارة
الخلفية ان يتحقق في مثل هذه الحالة تدخل السيارة الاولى في احداث
الضرر بالنظر الى توفير فرصة حصوله فكانت الصلة بينهما قائمة .

كما تتحقق تلك الصورة في حالة ما لو كان الشيء أداة لدفع شيء آخر
أدى بهذا الاخير الى احداث الضرر بالغير ، كأن تقذف عجلة السيارة حجرة
صغيرا يصيب شخصا او يحطم زجاج سيارة كانت بجانبها وكان تجنح سيارة الى
جانب الطريق فتقتلع شجرة تقع على سيارة كانت بجانبها فتتزل بها اضرارا بنفسه
مثل هذه الحالة وتلك يكون تدخل السيارة التي قدف الحجرة والتي اقتلعت
الشجرة يكون حاصلا وان لم تكن هذه السيارة هي التي اتصلت بمن تضرر
فعلا وبين ما تقدم انه ليس من الضروري ان يحصل اتصال مادي بين الشيء

وبين مَنْ أَوْ مَا وقع عليه الضرر حتى يستقيم القول بتدخل الشئ في الحادث (١)

(١) مازوني المسؤولية ج ٢ ط ٦ ف ١ - ١١٢ / ١ - د / السنهوري
ج ١ ف ٢٢٨ ص ١٢٢٢ - د / الصدة في المرجع السابق ف ٥٥٥
ص ٧٠٤ - د / البيب شنب في رسالته ف ١٧٨ ص ١٦٢ - د / انور سلطان
في المرجع السابق ف ٥٦٩ ص ٦٢١ - د / حمت ابوستيت ف ٥٥٥ ،
ص ٥١١ .

المبحث الثالث

لزوم التدخل الايجابى ومعباره وصوره فى الفقه الاسلامى

لئن كان الفقه الاسلامى يوجب ضمان او مسئولية من له اليد على الشئ عما يحدثه من ضرر يصيب الغير فانه يستلزم لذلك ثبوت نسبة الضرر الى هذا الشئ بان تقوم رابطة سببية بين فعل الشئ وحدوث الضرر .

وتتحقق هذه الرابطة كلما كان تدخل الشئ فى احداث الضرر تدخلا ايجابيا فمن وضع " فى الطريق حجرا او اخرج من حائطه جزءا او صخرة شاخصة فى الطريق فهو ضامن لما اصاب من ذلك لانه متسبب لهلاك ما تلصق بها احده ^(١) ومن " وضع ساجدة فى الطريق او خشبة باعها رجل " فالضمان على الذى وضعها لانه كان متعديا فى وضعها ^(٢)

ومن رش الماء فى الطريق فسقطت دابة او انسان فانه يضمن مطلقا ^(٣) ومن اوقد نارا لعمل يعمله فترامت النار حتى احرقت زرع رجل " فهو ضامن ^(٤) ومن ثم : فان التدخل السلبي لا يمكن ان يقوم معه ضمان وقد مثل الفقهاء لذلك بما لو اصطدمت سفينة سائرة باخرى واقفة على الشط حيث ان زولى الامر لها بالوقوف فان الضمان يقع فى تلك الحالة على ربان السفينة السائرة نظرا لدورها الايجابى فى احداث الضرر اما ربان السفينة الواقفة فانه لاضمان عليه نظرا للدور السلبي لسفينته فى احداث الضرر ومن ثم فان الضرر لم يتولد عنها وبالتالى فانه لا ينسب لذى اليد عليها ^(٥)

-
- (١) ٥ (٢) البسوط للسرفسى ح ٢٧ ص ٧/٦ .
(٣) البحر الرائق ح ٨ ص ٣٩٩ - نهاية المحتاج ح ٧ ص ٣٥٤ .
(٤) المغنى ح ٥ ص ٣٠٦ - منتهى الارادات ح ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .
(٥) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٠٥ حيث يقول : " ارباب السفن او قنوها على الشط فجاءت سفينة فأصابت السفينة الواقعة فانكسرت الواقعة كان ضمان الواقعة على السفينة الجائئة فان انكسرت الجائئة لا يضمن صاحب السفينة الواقعة لان الامام اذا ن لا يرباب السفن بايقاف السفن على الشط فلا يكون معتديا " وانظر كذلك رد المختار ص ٢ ص ٥٩٥ وفتاوى قاضى خان ح ٣ ص ٢٤١ .

ويرى الفقه الاسلامي أن تحقق التدخل الايجابى من الشئ نفسى
احداث الضرر انما هو مرتبط بوضع الشئ وضعا غير مألوف وهو ما كان مخالفا
للعرف او المألوف فى حياة الناس وهو ما عبر عنه الفقهاء " بمجاوزة المعتاد "
او " خلاف العادة " اى ما لم يجرى عليه الناس فى سلوكهم بالنسبة لكل حالة
من الحالات (١) .

ومن ثم فان الضمان او المسؤولية تنتفى حيث كان مرد الضرر الى استعمال
الشئ استعمالا مألوفاً اذ أن " فاعل المعتاد كالمأذون له من جهة الشرع
لرضا المسلمين به " (٢)

ومن ثم فانه " اذا اوقد فى ملكه نارا او فى موات فطارت شرارة الى دار
جاره فاحرقتها او سقى ارضه فنزل الماء الى ارض جاره فغرقها لم يضمن اذا كان
فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لانه غير معتد وان كان ذلك
بتفريط منه بان أجم نارا تسرى فى العادة لكثرتها او فى ريح شديدة تحملها
او فتح ماء كثيرا يتعدى او فتح الماء فى ارض غيره او اوقد فى دار غيره ضمن
ماتلف به " (٣)

وليس يلزم لتحقيق هذا التدخل الايجابى ضرورة الاتصال المادى بين
الشئ ومحل الضرر اذ قد يتحقق هذا التدخل دون هذا الاتصال كما لو جفلت
الدابة من صوت البندقية التى رماها الصياد ... اذا كان ... قاصدا للسي
اجفالها فانه يضمن (٤)

(١) وفى ذلك يقول البغدادى فى مجمع الضمانات ص ٢٤٩ " واعلم ان كل فعل
قيل فيه ليس للمستأجر ان يفعله فانه يضمن ماتلف به ولا تظن انها منحصرة
بالمستأجر بل هى اصل شامل لجميع مسائل الضمان " .
وانظر تبصرة الحكام حيث يقول نقلا عن الامام مالك " الامر المجمع عليه
عندنا فى الذى يحفر البئر على الطريق او يضع اشياء هذا على طريق
المسلمين فهو ضمان لما اصاب فى ذلك كمن جرح او غيره وما صنع من ذلك
ما يجوز له ان يضعه بطريق المسلمين فلا ضمان عليه ولا غرم " تبصرة
الحكام لابن فويح ص ٢ ص ٣٤٦ .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤ ص ٢٩٠ .

الا أن الفقه الاسلامي لم يرتب الضمان او المسؤولية على مجرد تدخل
الشيء في احداث الضرر في كل الحالات حتى لو كان ذلك وفقا للوضع ~~غير~~
المألوف في حياة الناس ولكنه فرق في هذا الصدد بين المباشرة والتسبب وذلك
ما سنعرض له بالكلمة التالية :

اولا : حالة المباشرة : (١)

ويكفي لثبوت الضمان او المسؤولية في تلك الحالة تحقق التدخل الايجابي
من الشيء في احداث الضرر دون نظر الى الظروف الذاتية لمن باشره ،

- وانظر فصلية الاستاذ الشيخ علي الخفيف في الضمان في الفقه الاسلامي
ص ٢٤٩ .

- المغنى ح ٥ ص ٣٠٦ - منتهى الارادات ح ٢ ص ٤٢٦ ، ٤٢٧ .
الاقناع وكشاف القناع ح ٤ ص ١٠١ ، ١٠٢ - زاد المعاد في هدى
خير العباد ح ٣ ص ١٠٩ .
- مجلة الاحكام العدلية م ١٢٣ .

(١) وتعني المباشرة تحقق الضرر بفعل المباشر دون وجود واسطة بين
هذا الفعل وذلك الضرر - وذلك هو ما يعبر عنه صاحب البدائع ح ٧ ،
ص ١٦٥ حينما عرف المباشرة بانها " ايصال الآلة بمحل التلف " .
وانظر في هذا المعنى المنهاج ومعنى المحتاج عليه ح ٤ ص ٦ ،
والحموى في كتابه غرر عيون البصائر شرح الاشياء والنظائر ح ١ ص ١٩٦
حيث يعرف المباشر بانه من " يحصل التلف بفعله من غير ان يتخلل
بين فعله والتلف فعل مختار " .

ويبدو ان تقييد الفعل المتوسط بكونه مختارا غير مطرد في كتب الحنفية
حيث ورد في عباراتهم ما يدل على ان تخلل اي واسطة بين الفعل
والضرر تخرج الاولى عن دائرة المباشرة وان لم يكن فعلا مختارا ولذلك
ورد في كتب الجنتية النص على ضمان من وضع جمرة في الطريق فاحرق
شيئا لانه متعدد بالوضع ومن الجنتية من عبر عن هذه القاعدة بقوله :
" المباشر ضامن وان لم يعتمد " - الاشياء والنظائر لابن نجيم ح ٢

ص ٩٩ ، مجمع الضمانات ص ١٦٥ - حاشية الشلبي على تبیین
الحقائق ح ٦ ص ١٤٢ . بيد انه لما كان العمد في ضمان الاموال
غير مشروط فانه لا يصح ما ذهب اليه هذا التعريف من ^{استدراك} التعددية =

ان يستوى ان يكون بالغاً او غير بالغ كما يستوى ان يكون عاقلاً او غير عاقل وذلك فضلاً عن انه يستوى تحقق القصد الى تحقيق الضرر او انتفائه كما يستوى علم المباشرة بملكيتها لمحل الضرر وعدم علمه بذلك في حالة ما اذا وقع الضرر على مال الغير دون علم المباشرة بعدم ملكيته له .

ومرد القول بتحمل الضمان او المسؤولية في تلك الحالة دون اعتداد بمثل هذه الظروف يرجع الى امرين :

الامر الاول : أن المباشرة تمثل علة ولا ريب ان العلة مقارنة للحكم (١) ومن ثم فان ربط الضمان بالضرر في تلك الحالة انما هو من قبيل ربط الاحكام بأسبابها ولا ريب ان ذلك هو مقتضى العدل ، ان لا يمكن للمصلحة ان تتم الا به والا تلتف الناس اموال بعضهم بدعوى الخطأ وعدم القصد الى ذلك (٢) .

وذلك بدليل تضييع من لا يتصور منه العمد كالصبي والمجنون - وانظر كذلك الكاساني في البدائع ج ٢ ص ١٥٤ ، الوجيز للغزالي ، ج ١ ، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ - فتح العزيز ج ١١ ص ٢٤١ - ٢٤٢ ، الريضة البهية ج ٢ ص ٢٣٢ ، مفتاح الكرام ج ٦ ص ٢٠٦ .

- وانظر كذلك : الضمان في الفقه الاسلامي للشيخ الخفيف ص ٢٤ ، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون - د / عبد الحميد البعلی ص ٢٥٥ ، الفعل الموجب للضمان ، د / محمد فاروق العكام ص ٢٤٨ ، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ص ١١٤ وما بعدها .

(١) الوجيز للغزالي ج ١ ص ٢٠٥ ، قواعد الاحكام ج ٢ ص ١٥٤ .

- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) وذلك بخلاف احكام العقوبات حيث انها تابعة للمخالفة وكسب العبد ومعصيته ومن ثم فرقت الشريعة بصددها بين العائد والمخطئ .

- انظر اعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الانام ج ١ ص ١٥٦ .

الامر الثاني : ان القصد من الضمان في تلك الحالة هو رفع الضرر وجلب مافات ولا يتحقق ذلك الا باحلال مال بدل المال التالف لاعادة الحال التي ماكانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك دون مراعاة الى حال من وقع منه ذلك الفعل الضار وذلك هو ما عرّفه عز الدين بن عبد السلام بقوله : " ان الاتلاف يقع بالظنون والايدي والافعال ويجرى الضمان في عمدتها وخطئها لانه من الجوابر ولا تجرى العقوبة والقصاص الا في عمدتها لانها من الزواجر ^(١) " وذلك هو ما نصت عليه القاعدة الفقهية من ان " المباشر ضامن وان لم يتعمد " ومن ثم : فان المباشرة تقوم قرينة على توافر علاقة السببية بين الفعل والضرر ولا يمكن دحض هذه العلاقة الا ~~بما~~ ^(٢) ان الضرر قد وقع بسبب اجنبى عن المباشر ^(٣)

ثانيا : حالة التسبب : ^(٣)

وفي تلك الحالة فان اجماع الفقه يرى عدم كفاية التدخل الايجابى

-
- (١) قواعد الاحكام في مصالح الانام ج ١ ص ١٥٦ .
- (٢) انظر في ذلك د / محمد فاروق الحكام في رسالته الفعل الموجب للضمان ص ٢٥١ (حقوق القاهرة) وقد رأى المؤلف في نفس الموضع السابق ان مبنى الضمان في هذه الحالة هو التقصير في اتخاذ ما ينبغي اتخاذه من الاحتياطات واليقظة حتى لا يقع ضرر بالغير . وهذا القول فيما يبدو لنا محل نظر ، اذ ان الضمان في تلك الحالة لا ينتفى حتى ولو اثبت المدعى عليه انه راعى الحيطة والحذر في فعله فالضمان قائم في كل الاحوال ومن ثم فان اساس الضمان هنا هو تحقق الضرر فقط .
- (٣) ويتحقق الضرر بالتسبب كلما وجد بين الفعل والضرر رابطة ادت الى حدوث هذا الاخير وذلك هو ما عرّفه الحموي حيثما عرّف التسبب بانه " الذى حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار " .
- انظر غرر عيون البصائر شرح الاشياء والنظائر ج ١ ص ١٩٦ .
- وانظر كذلك الوجيز للغزالي ج ١ ص ٢٠٢ حيث عرّف التسبب بانه " ايجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعدة اخرى اذا كان السبب مما يقصد بوقوع تلك العلة " .

من الشيء في أحداث الضرر وانما يلزم كذلك توافر التعدي باحداثه (١)
ويتحقق هذا التعدي كلما كان هناك تجاوز للمعتاد في حياة الناس
وفقا للظروف الخارجية التي احاطت بالمسئول وذلك دون نظر الى ظروفه
الذاتية كما سبق ان اوضحنا .
ومن ثم فانه يستوى تحقق القصد الى هذا التعدي او عدم تحققه
اى انه يستوى تحقق القصد الى تلك المجاوزة للمعتاد في حياة الناس وانتفاؤه (٢)
كما ان التعدي يتحقق باى درجة من المجاوزة للمألوف في حياة الناس .
ومن ثم فان التعدي يصدق على التقصير في حفظ الشيء وهو ترك ما ينبغي
اتخاذ من اجراءات الحيلة حتى لا يقع الضرر بالغير وقد مثل الفقهاء لذلك

وانظر في هذا المعنى الفروق للقرافي ح ٤ ص ٢٧ ، وتهذيب الفسوق
ح ٢ هامش ٢٠٤ وقواعد الاحكام ح ٢ ص ١٥٥ ومفتاح الكرامة في شرح
قواعد العلامة ح ٦ ص ٢٠٦ وليس المراد بالقصد في التعريف السابق
للغزالي العمد وانما المراد به ان يكون من شأنه الإقضاء الى تلك العلة .
(١) وذلك هو ما عبرت عنه القاعدة الفقهية التي تقضى بان المتسبب لا يضمن
الا اذا كان متعمدا ويؤخذ من الاستعمال السائد لدى الفقهاء ففى
هذا الصدر ان التعدي هو مجاوزة الحد المأذون فيه شرعا او عرفا
(انظر في ذلك مجمع الضمانات ص ١٢٨ تبين الحقائق وحاشية
الشلبى عليه ح ٤ ص ٢٤٤ ، وفتح الجليل على مختصر العلامة خليل
للخرشي ح ٦ ص ٣٢ والقوانين الفقهية ص ٣٢٣ ، المغنى ح ٧ ،
ص ٦٤٥ ، الروضة البهية ح ٢ ص ٢٥٨ - مفتاح الكرامة ح ٢١٨
النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية د / المحصاني
ح ١ ص ١٢٥ د / محمد فوزى فيض الله في رسالته " المسئولية
التقصيرية بين الشريعة والقانون " كلية الشريعة ص ١٨٩ .

(٢) مجمع الانهر شرح ملقى الابحر ح ٢ ص ٦٦١ .

- تبين الحقائق ح ٥ ص ١٤٧ .

بمن ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها كاللجام او نحوه على انسان
فمات او جرح فان السائق يضمن في تلك الحالة لاعتباره متعديا في هذا
التسبب حيث ان وقوع ادوات الفرس كان بتقصير منه حيث ترك شداها واحكامها (١)
وهنا يثار التساؤل حول العلة في اشتراط التعدي في حالة التسبب دون
المباشرة ؟ وجيبنا الفقيه الزيلعي قائلا " لان التسبب ليس بعللة فلا بد من
التعدي ليلتحق بالعللة " (٢)

ومن ثم فان سبب التفرقة بين المباشرة والتسبب في احداث الضرر ترجع
الى ان الفقهاء نظروا الى رابطة السببية بين الفعل والضرر نظرة مادية
بحته (٣)

فعند المباشرة تظهر علاقة السببية بين الفعل والضرر بوضوح اما عند
التسبب فلا يكون لسبب الفعل هذا الظهور لوجود فعل آخر يفصل بين فعل
المتسبب وبين الضرر اى ان الضرر يتراخى عن فعل المتسبب وذلك تضعف
علاقة السببية بينهما ولذلك اشترط الفقهاء التعدي في التسبب دون المباشرة (٤)
وتطبيقا لاشتراط التعدي في حالة التسبب قضى الفقهاء بضمان من وضع فسي
الطريق حجرا او حديدة او صب فيه ماء او وضع فيه قشر بطيخ ونحوه فهلك به
انسان او دابة حيث انه اتلف ذلك بتعديه فيكون من ثم ضامنا له (٥)

وخلاصة القول في سبب التفرقة بين المباشرة والتسبب ان المباشرة علة
مستقلة وسبب للاضرار بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بدعوى عدم التعدي
اما التسبب فليس بالعللة المستقلة فلزم ان يهتمر العمل فيه بصفة التعدي
ليكون موجبا للضمان .

ثالثا : اجتماع المباشرة مع التسبب :
اتفقت كلمة الفقهاء على انه اذا اجتمعت المباشرة مع التسبب

-
- (١) تبين الحقائق ح ٥ ص ١٤٧ .
(٢) د / وحيد الدين سوار في رسالته التعبير عن الارادة ط ١٩٦٠ ف ٢٠
ص ٢١ .
(٣) الشيخ على الخفيف في المرجع السابق - القسم الاول ص ٨٣ .
(٤) المفتي ح ٢ ص ٨٢٢ .

كان الضمان^{على} المباشر دون غسيرو^(١)

والعلة في ذلك ان اجتماعهما معا يحدث تما رضا لابد من رفعه
ولما كانت علة المباشرة راجحة على علة التسبب كان القول بتضمين المباشر
لا مفر منه حيث ان منهج الشريعة في مثل ذلك تقديم الراجح على المرجوح
عند التعارض^(٢)

وهذه القاعدة محل اتفاق من فقهاء الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥)
والحنابلة^(٦) والزيدية^(٧) والامامية^(٨).

-
- (١) وهذا هو ما جرحه ابن نجيم في الاشياء والنظائر ص ١٦٣ بقوله :
" اذا اجتمع المباشر والتسبب اضيف الحكم الى المباشر " .
- وانظر كذلك الفرق للقرافي ح ٢ ص ٢٠٨ حيث يقول : " واذا اجتمع
سببان كالمباشر والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب " .
- وانظر كذلك في هذا المعنى السيوطي الشافعي في الاشياء والنظائر
ص ١٦٢ ، وابن رجب الحنبلي في القواعد ص ٣٠٧ القاعدة ٣٠٧ .
- (٢) الفرق للقرافي ح ٢ ص ٢٠٨ وتهذيب الفرق ح ٢ ص ٢٠٦ .
- (٣) انظر مجمع الضمانات ص ١٠٣ - ابن نجيم في الموضع المتقدم .
- (٤) الفرق للقرافي في الموضع المتقدم ، وانظر كذلك الشرح الكبير
وحاشية الدسوقي عليه ح ٤ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ والخروشي ح ٤ ،
ص ٤٣٨ ، والمواق ح ٥ ص ٢٧٨ .
- (٥) السيوطي في المرجع والموضع المتقدم ، وانظر كذلك الغزالي في
الوجيز ح ١ ص ٢٠٦ .
- (٦) ابورجب الحنبلي في المرجع والموضع المتقدم ، وانظر كذلك كشاف
القناع ح ٢ ص ٣٦٦ .
- (٧) البحر الزخار ح ٥ ص ٢٤٣ .
- (٨) الروضة البهية ح ٢ ص ٢٤٦ - مفتاح الكرامة ح ٦ ص ٢١٤ .
- شرائع الاسلام ح ٢ ص ١٥١ والبادي العامة للغة الجعفرى
ص ١٥٨ .

ومن تطبيقات هذه القاعدة التي تتعلق بموضوعنا ما اشارة اليه الفقيه من انه لو حفر رجلا بئرا في الطريق ووضع آخر حجرا على حافتها فعثر ثالث بالحجر وسقط في البئر فمات أو جرح فان الضمان يكون على واضع الحجر لانه بمنزلة الدافع^(١)

الا ان الفقهاء استثنوا من ذلك حالتين :

الحالة الاولى :

اذا كان دور المتسبب في إحداث الضرر أقوى من دور المباشر بحيث يكون عمل الأول هو العامل الأهم في إحداث هذا الضرر ، إذ يكون الضمان في تلك الحالة على المتسبب دون المباشر كما لو وضع شخص في الطريق حجرا فعثر به مار فوقع على شيء فأتلفه حيث يكون الضمان في تلك الحالة على من وضع الحجر على الرغم من انه متسبب وليس مباشرا ، وذلك نظرا لان المتسبب في تلك الحالة يكون كالدافع فكأنه دفع بيده من تعثر فوقع على الشيء .

اما المباشر فإن مباشرته كانت قسرية ومن ثم فان الائتلاف لا ينسب اليه اذ هو في الحالة كالأله ومن ثم فانه لا ضمان عليه^(٢)

الحالة الثانية :

اذا كان دور المتسبب معادلا لدور المباشر بأن كان من شأن كل منهما التأثير منفردا في تحقيق الضرر فانهما يضمنان معا في تلك الحالة لتعادل دور كل منهما في إحداث الضرر .

ومثال ذلك : ما لو حفر شخص بئرا لائتلاف حيوان وأوقعه فيها غيره ، فان الحافر في هذا المثال متسببا والموقع مباشرا ومع ذلك فهما يتحملا معا تبعة هذا الضرر^(٣)

(١) مجمع الضمانات ص ٢٠٣ - مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٥٢ .

(٢) مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٥٢ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى ان بعض الفقهاء المحدثين يرى
بصدد ضمان الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة حتىمة التفرقة بين ما اذا
كان الضرر ناشئاً عن الآلة او كان ناشئاً عن غيرها من الاشياء الاخرى .
ان يعتبر بحق أن الضرر الناشئ* عن الآلة بمنزلة الباشرة في كل
الاحوال وبالتالى فان الضمان يثبت متى تحقق الضرر دون حاجة الى اثبات
التعدى من له اليد على تلك الآلة اما الضرر الناشئ* عن غير الآلة فإنه يخضع
للقاعدة العامة في التفرقة بين الباشرة والتسبب على النحو المتقدم .
ووجه التفرقة بينهما في الحكم أن " الآلة ليس لها من حركة الا بتحريك صاحبها
فكان ما يحدث عنها من ضرر من قهيل الضرر الجائر " . (١)

خلاصة ومقارنة :

يتضح لنا ما سبق ان القانون المدني يتفق مع الفقه الاسلامي في ضمان
الاضرار الناشئة عن الاشياء الجامدة في حالة ما اذا كان الضرر مباشراً .
وقدك دون حاجة الى اثبات خطأ الحارس ، ويمكن القول بالحاق الاضرار
الناشئة عن الآلات بهذا النوع من الضرر كما رأى ذلك جانب من الفقه .

اما الاضرار التي تنشأ عن الاشياء الجامدة تسبباً فان الفقه الاسلامي
يرى حتىمة نسبة الخطأ فيها الى الحارس مقتضى اثبات تعديه ، ودهى أن
القانون المدني لا يعرف تلك التفرقة ومن ثم فان نقطة الخلاف بينهما تنحصر
في هذا الصدد ، ومن هنا يتضح ان شقة الخلاف بين الفقه الاسلامي
والقانون المدني تبدو وضيقة ان هى تنحصر في الاضرار التي تنشأ عن غير
الآلات ويكون الفاعل فيها متسبباً لا مباشراً .

(١) الشيخ على الخفيف في الضمان في الفقه الاسلامي - القسم الاول

الفصل الثاني تعدد الاسباب المحدثة للضرر وتساكنه

المبحث الاول تعدد الاسباب المحدثة للضرر

المطلب الاول تعدد الاسباب المحدثة للضرر في الفقه القانوني

إذا تعددت الأسباب أو الأشياء المحدثة للضرر فلا بد من تحديد ما يعتبر منها مولدا للنتيجة الضارة .

ولقد اختلف الفقه حول المعيار الذي يتحدد هذا السبب على ضوءه وتمثل ذلك في ظهور نظريتين هما :
نظرية تكافؤ الاسباب ، ونظرية السبب المنتج أو الملائم
ونعرض لهاتين النظريتين بالكلمة التالية :

اولا : نظرية تكافؤ الاسباب :
تقوم هذه النظرية على أساس ان كل سبب ساهم في احداث الضرر يعتبر سببا لتحقيقه وذلك متى ثبت انه ما كان للضرر ان يقع بدونه ومن ثم فان جميع هذه العوامل التي أدى اشتراكها الى وقوع الضرر تكون متكافئة أو متعادلة من حيث ترتيب المسؤولية^(١) ، كما لو ان " تسلا سار في عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة وكان من اليسير على سائق السيارة ان يتفادى الحادث لو انه كان مالكا لتوازنه^(٢) " إذ يترد

(١) مازوني المسؤولية ج ٢ ف ١٤٤٠ ص ٤٢٢ .
- د / السنهوري في الوسيط ج ١ ف ٦٠٥ ص ٨٠٢٥ .
- د / محمود نجيب حسني في رسالته رابطة السببية حقوق القاهرة ١٩٥٥ ص ١٦٥ ، ١٦٧ .
- د / سليمان مرقس في الاحكام الخاصة ف ١٦٩ ص ٤٦٩ .
- د / عبد المنعم فراج الصده في المراجع السابق ف ٤٥٨ ، ص ٤٥٩ .
- د / أنور سلطان في المراجع السابق ف ٤٦١ ص ٥٣٢ .
- د / عبد الحى حجازي في المراجع السابق ص ٤٨٥ .
- د / إبراهيم الدسوقي في رسالته الاغنا من المسؤولية عن حوادث السيارات ف ٣٢٨ ص ٤٩٢ .
(٢) د / السنهوري في المراجع السابق ، د / عبد الحميد البعلى في رسالته نظرية تحمل التبعة ص ٢٩٨ .

الضرر في هذا المثال الى خطأ المصاب بسيره ثملا في الطريق العام والسي خطأ السائق بسيره مسرعا ولولا وقوع كل من الخطأ لكان للضرر ان يقع ومن ثم فان السببين يكونان متكافئان في احداث الضرر ويعتبر كل منهما سببا له ما يرتب مسئولية صاحبه (١) ، بيد أن تكافؤ الاسباب لا يتحقق الا اذا كان كل منهما مستقلا عن الآخر أى ليس بينهما من رابطة سببية وبالتالي فانه اذا كان احد العوامل التي تتابعت عند احداث الضرر ليس الا نتيجة لعامل سابق عليه فانه لا يعتبر السبب الحقيقي لحدوث هذا الضرر ولا تترتب المسئولية عليه ويتعين الوقوف عند العامل الاول اذ هو السبب الحقيقي في حدوث الضرر ومن ثم فانه يجب العوامل المترتبة عليه او الناجمة عنه (٢) . ولا تقتصر تلك النظرية على اعتبار الاسباب المساهمة في الضرر سببا له كلما توافر الضابط السابق بل انها تعتبر كل ظرف وفر السبيل الى تحقيق هذا الضرر يمثل سببا له متى امتنع وقوع الضرر بدونه ومن ثم فانه لو ترك شخص سيارته في جانب من الطريق العام دون ان يحكم اقفال ابوابها وحدث أن سرقت هذه السيارة وقادها السارق من غير روية مما أدى الى مدهامة احد المارة فان الضرر نفسى تلك الحالة يكون قد تحقق نتيجة لاهمال حارس السيارة في المحافظة عليها عندما ترك بابها دون اقفال كما ان هذا الضرر يعتبر نتيجة كذلك لسرقة السيارة وقيادتها بسرعة ودون تبصر رغم ان اهمال مالك السيارة او حارسها في المحافظة عليها لم يكن سببا في وقوع الحادث على الصورة التي وقع بها طبقا للمجرى العادى للامور ولكنه كان مجرد ظرف هيا السبيل لسرقة السيارة ومع ذلك فانه لولاه ما وقع الحادث .

ولقد كانت هذه النظرية محل لنقد جانب كبير من الفقه وذلك لما يلي :

- ١ - لانها نظرية غير منطقية في ربطها للنتيجة الضارة بكل المقومات المتصلة بها مهما كانت تلك الصلة وكيفما كانت وذلك دون تفرقة بين مختلف الوقائع التي اشتركت في الحادث من حيث تأثيرها السببي الفعال .

(١) د / السنهوري في المراجع والموضع السابق .

- د / عبد الحميد البعلى في رسالته : نظرية تحمل التبعة ص ٢٩٨ .

(٢) د / سليمان مرقس ، في الاحكام الخاصة ، ف ٦٩ ص ٤٧٣ .

اذ كلها اسباب متساوية بحسب مفهوم هذه النظرية ومن ثم " فانها تحمّل الوقائع البتة اقتصر على مجرد الاشتراك في الضرر نتائج بعيدة واستثنائية (١)

٢ - انها تجافي العدالة لكونها تلقى بعيب الحادث على كل سلوك وفر للحدوث السبيل اليه حتى ولو كان سلبيا وان لم يكن وسيلة مباشرة لاحداث الضرر او متصلا به على الوجه الطبيعي ، وهي بذلك تناقض ما استقر عليه الفقه من حتمية التدخل الايجابي للشيء في احداث الضرر لترتيب هذه المسؤولية .

٣ - لان المعيار الذي تقم عليه هذه النظرية فيه من المرونة ما يتيح التوسع فيه الى المدى الذي قد يخرج بالنظرية عن كل حد مألوف ، فلو ان شخصا كان يحمل مسدسا مرخص بحمله وسقط منه اثناء عدوه مسرعا للابتعاد عن مشاجرة شاهدها خشية نتائجها فلاحظ احد المشاجرين سقوط المسدس منه فالتقطه واستعجل في استعماله الى الحد الذي ألحق بخصمه ضررا بليغا فانه يمكن القول في اطار هذه النظرية وبالتوسع الذي يحتله معيارها بان صاحب المسدس مسئول ايضا عن هذه الاصابة بموجب تقصيره الذي اتاح سقوط المسدس منه ولا ريب ان مثل هذه النتيجة لا يمكن ان تستيفها القواعد التي تنظم المشاركة في الفعل الضار (٢)

٤ - ان هذه النظرية لا يمكن ان تستقيم مع نظرية الخطأ المفترض التي تقوم عليها المسؤولية عن الاشياء لاننا اذا " قلنا بنظرية تكافؤ الاسباب لوجب اعتبار جميع هذه الاخطاء ومنها الخطأ المفترض - اسبابا متكافئة (٣) ومن ثم رفض القضاء الاخذ بهذه النظرية في مجال المسؤولية عن حراسة السيارات والاشياء عموما (٤)

(١) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ٢٠٠ / ٢٠١ .

(٢) د / السنهوري في المرجع والموضع السابق .

(٣) ، (٤) د / ابراهيم الدسوقي في رسالته المرجع السابق ، ف ٣٢٨ ،

ص ٤٩٢ وما بعدها .

د / السنهوري في المرجع والموضع السابق .

ثانياً : نظرية السبب المنتج أو الملائم :

تقوم هذه النظرية على أساس ان المسؤولية عن النتيجة الضارة لا تتحقق الا اذا كان من شأن الفعل كما حصل في ظرفه ان يحدثها وفقاً للمجرى العادى للامور .

ومن ثم فان اعمال هذه النظرية يقتضى استعراض الاسباب التى تدخلت فى احداث الضرر وذلك للتفريق بين ما يكون منها صالحاً لاحداثه على الوجه المعتاد او ينطوى على احتمال وقوعه وبين ما لا يستتبع تحقق الضرر على هذا الوجه ويعرف الاول بالسبب المنتج او الملائم وهو الذى يعتبر سبباً قانونياً لتحقيق النتيجة الضارة اما الاخير فانه يعرف بالسبب العارض لكونه غير مألوف فى ترتيب تلك النتيجة ومن ثم فانه لا يعتبر سبباً قانونياً لها .

وتطبيقاً لذلك : فان صاحب السيارة الذى اهمل فى المحافظة عليها لا يعتبر مسئولاً عن النتيجة الضارة عندما عدا بها سارقها مسرعاً مما أدى الى اصابة احد المارة بضرر ، ومرد ذلك ان الاهمال فى المحافظة على السيارة لا يعتبر سبباً مألوفاً لتحقيق تلك النتيجة فهو بذ لك يعتبر سبباً عارضاً وبذلك لا يخلو لخطأ السارق فى السير بالسيارة مسرعاً حيث يعتبر سبباً مألوفاً لاحداث ما ترتب على ذلك من ضرر ومن ثم فانه يعتبر السبب المنتج له فيقع بذ لك عيب المسؤولية على من ينسب اليه ، وذلك هو ما استقر عليه الفقه والقضاء المصرى والفرنسى (١)

(١) د / السنبورى فى المرجع السابق ف ٦٠٦ ص ١٠٢٦ ، ف ٧٠٨ ، ص ١٢٣٢ .

- د / سليمان مرقس فى الاحكام الخاصة ف ١٩٦ ص ١١٩ وما بعدها .
- د / حشمت ابونستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٥ / ١ ص ٥١٠ .
- د / عبد الحى حجازى فى المرجع السابق ص ٥٦٢ .
- د / اسماعيل قانم فى النظرية العامة للالتزام ح ٢ احكام الالتزام والاثبات ط ١٩٦٢ ف ٣٢ ص ٢٦ .
- د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٤٦٢ ص ٥٣٢ / ٥٣٣ .
- د / عبد المنعم الصدة فى المرجع السابق ف ٤٤ ص ٥٩٧ .
- د / عبد الرازق حسن فرج فى المصادر غير الارادية ف ٣٦ ص ٣٩ .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى مايلي :

١ - أن السببية المنتجة هي السببية القانونية وليست هي السببية الطبيعية
اذ تجمع تلك الاخيرة كل العوامل المتصلة بالحادث والتي لولاها لما وقع
وذلك دون تمييز بين ما يكون منها منتجا او غير منتج بذاته .

أما السببية القانونية فهي التي ينصب الاهتمام فيها على السبب
المنتج من بين الاسباب الطبيعية المتعددة ليعتبر وحده السبب
المستتبع لوقوع الضرر^(١)

د / ثروت انيس الاسيوطي في رسالته " مسئولية الناقل الجوي " ط ١٩٦٠
ص ٤٠٦ ، وانظر في تحول الفقه الفرنسي الى هذه النظرية .

- مازو في المسؤولية ح ٢ ف ٤٤١ ص ٤٢٢ .

- مارتى ورينو : في القانون المدني ح ٢ مجلد ١ باريس ١٩٦٢ ف ٤٨١
ص ٥٢٤

وانظر نقض مدني فرنسي في ٢٥/١٠/١٩٧٣ د اللوز ١٩٧٤ مختصر ١
المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٤ ص ٦٢٠ .

- ونقض مدني فرنسي في ٢/١٢/١٩٧٢ الاسبوع القانوني - ٢ - ١٧٥٤١

- وانظر نقض مدني مصري في ٢٦/١٠/١٩٦٧ - مجموعة احكام النقض
س ١٨ ص ١٥٦ - حيث جاء فيه بصدور المسؤولية الخطئية " انفسه
لا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه القول بوجود
اسباب اخرى من شأنها ان تسبب هذا الضرر ذلك انه يجب لاستبعاد
ذلك الخطأ كسبب للضرر ان يتحقق توافر احد هذه الاسباب الاخرى
وان يثبت انه السبب المنتج في احداث الضرر " .

- وانظر كذلك نقض مدني في ١٩/٥/١٩٦٦ مجموعة احكام النقض
س ١٧ ص ١٢٠١ ، ونقض مدني في ٣٠/٥/١٩٦٥ س ١٦ ص ٨٧٠

١ - د / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ٦ ف ٦٠٦ ،

ص ١٠٢٦ .

٢ - أنه لا يصح تحميل السبب المنتج وفقاً للمعيار السابق عبء النتائج الضارة المتولدة من اسباب أخرى لمجرد الصلة الظرفية بين الأولى والأخيرة ، فلو أن ضرراً تحقق بسبب فعل ثبت أنه المنتج له وحدث أن تولدت بعد ذلك أضرار لم يكن من المألوف اعتبار هذا السبب منتجاً لها وفقاً للمجرى العادى للأمور بل كان مرد تلك الأضرار المتولدة الى عامل لاحق يكفى بحد ذاته لترتيبها عليه فان محدث الفعل الاول لا يكون مسئولاً الا عن النتيجة الضارة التى أحدثها فعلة بينما يكون المرجع فى النتائج المستحدثة الى العامل اللاحق وان كان ثمة صلة ظرفية جمعت بينهما .

ومثال ذلك : ما لو أصيب شخص بضرر نتيجة صدم سيارة له فنقله صاحبها الى المستشفى مستعجلاً علاجه وحدث أن حصل اضطراب فى المستشفى جعل المصاب يحاول الخروج منه فيقع نتيجة لتلك المحاولة فيصاب بكسور تفاقمت آثارها بعد إهمال معالجتها فان حارس السيارة لا يسأل فى تلك الحالة الا عن الإصابة الاولى الناتجة عن فعل سيارته دون أن يحاسب على الكسور وتفاقم آثارها وذلك بحسب أنها لم تكن النتيجة المتوقعة موضوعياً من الصدمة كما حصلت وما خلفته من إصابة وان كانت هذه الأخيرة هى الطرف الموضوعى الذى استدعى نقل المضرور الى المستشفى .

وخلافاً لذلك فان الصدمة لو أحدثت إصابة استوجبت اجراءً عملياً جراحية فأجراها الطبيب المختص مراعيًا فى ذلك الاصول والقواعد الطبية التى يجب مراعاتها فى اجراء العملية ، بيد أن المريض أصيب بمضاعفات أدت الى وفاته فان الحارس يسأل فى تلك الحالة عن النتيجة النهائية طالما ان الإصابة الناتجة عن فعل سيارته اقتضت اجراء تلك العملية وكان من غير النادر وفقاً للمجرى العادى للأمور أن يطرأ أثناء العملية أو بعدها ما يسبب الوفاة دون خطأ من الطبيب (١) .

٣ - أن نظرية السبب المنتج لا يقتصر الاستقصاء بتوجيهها على العوامل المباشرة المتدخلة فى أحداث الضرر وانما يمتد هذا الاستقصاء ليشمل تصرف

(١) د / عاطف النقيب فى المرجع السابق ص ٢٠٥ .

الضرور نفسه حيث انه قد يتبين ان هذا التصرف كان بظرفه وبالشكل
الخاطي الذي حصل به قد افضى الى تحقيق النتيجة الضارة وكان من
المقرر ان يستتبعها هذا التصرف وفقا للمجرى العادى للامور اذ يحق
القول آنف بان تصرف الضرور هو السبب المنتج للحادث والمعفى
تبعاً لذلك من مسئولية الحارس عنه .

وقد يتبين ان خطأ الضرور شارك في احداث النتيجة بجانب
عامل آخر ساهم فيها كان مرجعه الى شيء مملوك للغير فان خطأ
الضرور هنا يأتى منقضا من الاعباء التى تقع على عاتق المسئول عن
الفعل او العمل المشترك .

ويقود هذا المنطق الاستقصائى لتلك النظرية الى القول بحتمة
اعفاء الحارس من كل تبعة متى ثبت ان مرجع الضرر الى فعل شخص
ثالث غير متوقع ولا يمكن تجنبه او الى عامل آخر كان بظرفه السبب
المحدث للضرر والكافى لاحدائه كما لو صدمت سيارة بسرعة سيارة اخرى
كانت تقف في المكان المعد لذلك فارتطمت الاولى بالاخيرة بقوة دفع
أدت الى اصابة شخص كان متواجداً في موضع الحادث من غير ما أخذ
عليه لتواجده فيه ، ففى مثل هذه الحالة يكون فعل السيارة الاولى
الصادمة هو السبب المنتج للحادث طبقاً للمجرى العادى للامور
وان لم تكن هى التى بلغت الضرر ، كما انه لا يمكن نسبة الحادث
الى السيارة الثانية التى اندفعت بفعل الاولى وان كانت هى التى
ارتطمت بالمتضرر .

٤ - أن اعتبار السبب منتج للضرر لا يجرى بمعزل عن الظروف السابغة عليه
والتي هيأت السبيل الى تحقيق ما افضى اليه من نتيجة ضارة اذ يعتبر
السبب منتجاً كلما كان من المألوف تحقيقه لتلك النتيجة في ضوء
ما أحاط به من ظروف وفقاً للمجرى العادى للامور .

٥ - أن معيار تحقق السببية المنتجة انما هو معيار موضوعى اذ هو لا يلتفت
الى تقدير الفاعل لمدى تأثير السبب ولا الى مدى توقعه لما يترتب عليه
من نتيجة ضارة وانما هو معيار ينظر الى مدى ارتباط السبب بالنتيجة
بحكم الواقع المشاهد وطبقاً للمجرى العادى للامور ومن ثم فانه لا عبء

بعدم توقع الحارس للنتيجة الضارة طالما انها كانت متوقعة موضوعيا وبمعزل عن تقديره الشخصى . .

وفضلا عن ذلك : فان هذا المعيار يمثل الفاصل فى مدى تحميل الحارس للمسئولية فى حالة تفاقم الاضرار المتولدة عن الفعل الاصلى ، اذ يصح القول وفقا لهذا المعيار بانه كلما كانت الاضرار المتولدة عن الفعل الاصلى مرتبطة به وفقا للمجرى العادى للامور فان الحارس يكون مسئولا عن ذلك .

فلو ان شخصا متقدما فى السن أصيب بكسر فى ساقه نتيجة صدمة مسن سيارة فاستلزم الكسر اجراء عملية جراحية لم يحالفها النجاح مما استتبع ضرورة اجراء عملية اخرى اطالت امد العلاج مما أدى بدوره الى تيبس مفصل ركبة المصاب ، اذ يصح القول فى تلك الحالة بتحمل الحارس لتلك النتيجة الاخيرة نظرا لان المجرى العادى للامور يقضى بانه ليس من السهل علاج الكسر الذى حل بعظام من تقدمت به السن ، وتبعاً لذلك فانه ليس من المستبعد فشل الجراحة الاولى على الرغم من استكمالها لكل المقومات المادية لنجاحها ويكون من شأن اجراء العملية الثانية وطول امد العلاج ان يحل بالمريض ما نزل به من نتيجة مرتبطة بالفعل الاصلى .

أما لو انعدمت الصلة بين الاضرار المتفاقمة وبين الفعل الاصلى وفقا للمجرى العادى للامور فانه لا محل لمساءلة الحارس عن تلك الاضرار المتفاقمة كما لو أصيب شخص فى حادث سيارة ونقل الى المستشفى وأدخل غرفة العمليات استعدادا لاجراء العملية الموقرة له واذ بماس كهربائى يحدث فتن فى الغرفة فيؤدى الى اشتعالها بحريق يصيب الضرر بحروق تعمس على أثرها اجراء العملية وسوء حالة المريض .

ففى مثل هذه الحالة لا يسأل الحارس عن الضرر الذى سببه العامل الملاحق الذى لم يكن من المعتاد وقوعه فى تلك الغرفة (١)

(١) ويجب ان يلاحظ اننا لو اعطينا منطق نظرية تعادل الاسباب لادى ذلك الى القول بمسئولية حارس السيارة عن الضرر الاول وكل ما يستجد بعده من امراض لازمة وذلك نظرا لان الحادث كان هو العامل الذى يستوجب نقل المصاب ووضع فى تلك الغرفة تمهيدا لاجراء العملية حتى ياجاه الحريق على النحو الذى ذكرنا - ولا شك ان هذا المنطق يحافى العدالة يتفقين نظرا لان الحريق يمثل حدا غائضا لا يرتبط بصدور السيارة الذى حدث شكها ان ما حدث من حريق فى الغرفة لا يعد من قبيل الامور المألوفة / عاطف النقيب ص ٢٠٩

المطلب الثاني موقف الفقه الاسلامي من تعدد الاسباب المحدثة للضرر

قد تعدد الاسباب المحدثة للضرر على سبيل التعاقب ويكون لكل منها دور مباشر أو دور المتسبب أو يكون لبعضها دور المباشر ولل بعض الآخر دور المتسبب ، ولما كنا قد عالجنا هذا الفرض الاخير فيما مضى فانا نقتصر هنا على بيان موقف الفقه الاسلامي ازاء القرضين الاولين وذلك على النحو التالي :

الفرض الاول : تعدد الاسباب المباشرة في احداث الضرر :

اذا تعددت الاسباب المباشرة في احداث الضرر على سبيل التعاقب فان الفقه الاسلامي يجمع على اعتبار السبب الاقوى أثرا في احداث الضرر وهو ذلك السبب الذي يكون من شأنه ان يحدث الضرر لو وجد على سبيل الانفصال والاستقلال^(١)

الفرض الثاني : تعدد الاسباب المحدثة للضرر تسببا :

وفي هذا الفرض نرى الفقه الاسلامي وقد انقسم الى اتجاهات ثلاثية ازاء السبب الذي يجب اعتباره من بين هذه الاسباب في تلك الحالة وتمثل ذلك في ظهور اتجاهات ثلاث :

الاتجاه الاول : ويرى انه يجب النظر الى تلك الاسباب على انها متكافئة في احداث الضرر من ثم فان الضمان او المسؤولية تقع على جميع الفاعلين . وفي ذلك يقول صاحب شرح النيل * وان حفر حفرة وركز فيها رمحا أو جعل فيها ما يضر وقطعها ثالث فهم ضامنون وكذا اذا دفع فيها رابع رجلا فالاربعة ضامنون^(٢) .

(١) انظر في ذلك : حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٩٠ .
ج مختصر خليل المطبوع مع التاج والاكلیل ج ٦ ص ٢٤٤ - الوجيز
للدزالي ج ٢ ص ١٢٤ .
ج البحر الزخار ج ٥ ص ٢١٦ - شرائع الاسلام ج ٤ ص ٢٠١ .
(٢) انظر في ذلك : شرح النيل ج ٥ ص ٢١٦ .

ويدولنا مع البعض ان مذهب اليه الاباضية انما هو محل نظر وذلك
أولا للخلاف الذي وقع بين الفقهاء حول الضمان في الصورة التي ذكرها
وذلك فضلا عن ان بعضا منها يخالف ما أجمع عليه الفقهاء إذ انهم سورا يمين
المباشرة والتسبب وذلك على الرغم من اجماع الفقه على تقديم المباشرة على
التسبب في حال اجتماعهما بحسب الاصل وكما سبق ان اشرنا الى ذلك •

ففي المثال السابق نجدهم يقولون " واذا دافع فيها رابع رجلا فالاربعة
ضامنون " مع ان الرابع مباشر والاخرون متسببون فيجب ان يكون الضمان على
الدافع فقط دون غيره من ذكرنا إذ يعتبر فعله هو الاقوى تأثيرا في احداث
الضرر اللهم الا اذا كانت هذه الاسباب متسلسلة في احداثها للضرر فان الجميع
يكونون ضامنون كما سبق ان اشرنا •

الاتجاه الثاني : يرى ان الاعتبار في تلك الحالة انما يكون للتسبب
الاسبق وجودا ومن ثم فان التسبب الاسبق فعلا يكون هو الضامن وذلك
" كواضع الحجر وطائر البئر فيعثر بالحجر انسان فيقع في البئر فيضمن واضع
الحجر لانه اسبق السببين ولو تقدم الحافر ونصب آخر مكينا في البئر فوقع عليها
انسان من غير حمار فاصابته السكين فمات فالضمان على الحافر " (١) وذلك هو
مذهب اليه الفقه الامامي •

بيد ان مذهب اليه هذا الاتجاه انما هو محل نظر وذلك لان القول
بأولوية احد الاسباب بالاعتبار دون غيره انما ينهض على تحديد مدى صلة كل
من هذه الاسباب في احداث الضرر هدهي ان ذلك لا يتحقق الا بالنظر
الى اولوية احد الاسباب من حيث الاتلاف لا من حيث الوجود • إذ اننا
اذا حدد دور كل سبب في احداث الضرر فلا اعتبار في تلك الحالة لجرد
الاسبقية في الوجود إذ كيف يمكن اعتبار السبب الاسبق وجودا مع ما يلازمه
من ضعف صلته بالضرر ويحمل الاقوى تأثيرا في ايجاد هذا الضرر لجرد كونه
طارئا على الاول في وجوده (٢)

(١) د / محمد فاروق العكام في رسالته العمل الموجب للضمان ص ٢٦٨ •

(٢) الروضة البهية في شرح اللع الدمشقية ج ٢ ص ٤٢٧ •

القواعد الفقهية ج ٢ ص ٣٨ ٣٩ •

(٣) " الفعل الموجب للضمان " ص ٢٦٧ •

الاتجاه الثالث : ويرى ان الاعتبار في ذلك انما يكون للسبب الاقوى
اثرا في احداث الضرر وذلك هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)
والملكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) .

وقد ضرب هؤلاء الفقهاء العديد من الامثلة ومنها ما لو حفر شخص يثرا عدوانا
وضع آخر حجرا على طرفه فعثر به شخص فوقع في البئر فهلك فان عبء الضمان
يقع على عاتق واضع الحجر اعتبارا باقوى السببين حيث ان التعثر هو الذي
الجاء الى السقوط فكان عليه الضمان لذلك^(٦)

وتلك هي القاعدة التي عبر عنها جمهور الفقهاء بقولهم " لو تعاقب
سببا هلاك فعلى الاول منها في التلف لا الوجود اذا ترجح بالقوة " .

ويبدو لنا أن الاتجاه الاول بالقبول والترجيح هو ما ذهب اليه
جمهور الفقهاء من تضمين صاحب السبب الاقوى تأثيرا في احداث الضرر بقطع
النظر عما اذا كان هو السابق وجودا أم لا .

(١) البسوط ط ٢٧ ص ١٧ وما بعدها - مجمع الضمانات ص ١٨٠

- فتاوى قاضيخان ص ١٨٠ - الخراج لابي يوسف ص ٩٦

(٢) التاج والاكلیل ح ٦ ص ٢٤٤ وما بعدها

(٣) المنهاج ومغنى المحتاج عليه ح ٤ ص ٨٧ و ٨٨

(٤) المغنى ح ٧ ص ٨٢٢

(٥) البحر الزخار ح ٥ ص ٢١٦

(٦) المنهاج ومغنى المحتاج عليه ح ٤ ص ٨٧ .

البحث الثانى تسلسل الاضرار

المطلب الاول تسلسل الاضرار فى الفقه والقانون المدنى

تفترض هذه الصورة وجود سبب واحد يؤدى الى نتيجة ضارة يتوافر لها من الظروف ما يفضى الى نتيجة ثانية متميزة عن الاولى وربما تعاقبت الاضرار على هذا النحو .

ويرى جمهور الفقه المصرى أن الضرر الذى يعرض عنه فى تلك الحالة هو الضرر المباشر فقط وهو الذى يمثل نتيجة طبيعية للحادث المسبب لـه بحيث لم يكن فى وسع المضرور ان يتوقاه ببذل مجهود معقول^(١) ويرى البعض أن ذلك هو ما عناه نص المادة ١/٢٢١^(٢) حينما ألزم بالمسئولية عن النتيجة الطبيعية للضرر دون غيرها .

(١) أما اذا كان فى استطاعة المضرور ان يتوخى الضرر التالى ببذل جهد معقول ولم يفعل فانه يكون بذلك قد اسهم بخطئه فى احداث الضرر او زاد فيه وهو ما يؤدى الى قطع رابطة السببية ما يستتبع القول بعدم حق المدعى فى التعويض عنه .

د / السنهورى فى الوسيط ج ١ ص ١٠٢٩ / ١٠٣٧ د / ابوستيت فى مصادر الالتزام ص ٤٥٢ / ٤٥٣ د / عبد المنعم الصدة نفسى مصادر الالتزام ص ٥١٢ / ٥١٤ د / انور سلطان فى النظرية العامة للالتزام ص ٤٣٥ / ٥٣٦ د / سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ١٢٠ .

(٢) وتنص الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ على انه " اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد او ينص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره وشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط ان يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول " .

غير ان جانباً آخر من الفقه المصرى يرى بحق ان معيار النتيجة الطبيعية الذى نصت عليه المادة السابقة يصدق على كل الاضرار أيا كانت صفتها مادامت السببية متوافرة وذلك هو ما عبر عنه ذلك الجانب من الفقه بقوله " ان القاعدة فى القانون الالمانى وهوالذى نشأت فى ظله نظرية السببية الثلاثة ان السببية سواء كانت مباشرة او غير مباشرة تؤدى الى اشتغال مسئولية الفاعل مادامت السببية الثلاثة قد توافرت وان القانون الامريكى يلزم الفاعل بالمسئولية عين النتائج البعيدة مادام التسلسل بين حلقاتها يتم بطريقة علمية ومحتلة " (١)

ويستدل صاحب هذا الرأى على ذلك بانه لا يكفى لاعتبار الفعل سبباً للضرر مجرد كونه شرطاً ضرورياً لوقوعه بل انه يلزم مع ذلك توافر عنصر آخر وهو كون الضرر بمثل نتيجة طبيعية لهذا الفعل حسبما أفصحت عنه الفقرة الاولى من المادة ٢٢١ مدنى مصرى (٢) وذلك هو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية فى الحديث عن احكامها نسبياً حينما قضت بالتعويض عن الضرر غير المباشر متى كان نتيجة طبيعية للسبب الذى احدثه (٣)

(١) د / ثروت انيس الاسيوطى فى رسالته " مسئولية الناقل الجوى " ص ٣٤

- د / عبد الحيد البعلى فى رسالته " نظرية تحمل التبعة " ص ٣٠١ / ٣٠٢ .

(٢) د / الاسيوطى فى المراجع السابق .

(٣) انظر نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٤ / ١ / ٣٠ - مجلة القصر وتخلص الواقعة التى قضى فيها بما تقدم فى ان حادثاً وقع لشخص وما ان شاهده زوجته الحامل ملطخاً بالدماء حتى اضطرت بالشكل الذى انهى حملها فقضت المحكمة يتحمل المسئول عن الحادث الذى وقع للزوج لتبعة ما حدث للزوجة ولا شك ان التعويض هنا تعويض عن ضرر غير مباشر وان كان مرتبطاً بسبب الحادث الذى حدث للزوج ، ان أن الزوجة لم تكن مشاهدة للحادث حتى يمكن اعتبار الضرر مباشراً وانما فوجئت بعده بزوجها وقد لطخته الدماء ، وانظر الملاحظات التى وردت على هذا الحكم فى نفسى المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٧٤ ص ٤٠٩ .

المطلب الثالث موقف الفقه الاسلامي من تسلسل النتائج الهامة

تفصح نصوص الفقه الاسلامي عن وجوب تحمل الضامن لجميع النتائج المتعاقبة المترتبة على السبب الضار طالما ان اثر السبب في ايجادها لم ينقطع بوجود سبب آخر يمكن معه اضافة ما حدث اليه .

ويمكن القول ان ذلك يشل قاعدة عامة يصدق تطبيقها على جميع الحالات المتماثلة ولقد ضرب الفقهاء العديد من الامثلة على ذلك ومنها ما لو وضع شخص شيئاً في الطريق فعثرت به دابة ووقعت على دابة اخرى فماتت او حصل لها عطب فان ضمان قية الدابتين يكون على من وضع نفس الطريق ما حصل به الاثلاف او الضرر حيث امتد اثر تسببه الى الدابة الاخرى فكان بمنزلة الدافع فكأنه دفع الاولى بيده على الاخرى (١) ومن ذلك ايضاً ما لو سقط حائط على الطريق فأتلف شيئاً ثم عثر بانقاضه حيوان فمات أو تلف بذلك مال فان ضمان كل ذلك يقع على عاتق صاحب الحائط (٢) . والامر كذلك فيما لو مر رجل في الطريق وهو محمل بشيء فوقع الحمل على شيء فأتلف نفسه فانه يكون لذلك ضامن كما يكون ضامناً فيما لو عثرت دابة بذلك الحمل الواقع في الطريق وحصل لها عطب بسببه لانه أثر لفعله حيث لم يتخلل بين وقوع الحمل في ذلك الموضع وبين عطب الدابة فعل للغير (٣)

-
- (١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٥٢
(٢) البسوط ج ٢٦ ص ١٨٩ / ١٩٠ - جامع الفصوليين ص ٨٨٢ .
- فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ٢٤٠ .
(٣) الدر المختار ج ٥ ص ٥٢٩ - الهداية ج ٤ ص ١٤٥ - مجمع الضمانات ص ١٨٥ وانظر المنهاج ومعنى المحتاج عليه ج ٢ ص ٢٢٨ حيث جاء فيه " انه لو ذبح شاة رجل فهلك ولدها او حماره فهلك فرخها ضمن ما هلك لفقد ما يعيشان به " .
- وانظر المحلى ج ١١ ص ٩ حيث يرى انه لو ساق مائة فمر على حائط فهدم الماء الحائط فقتل انسانا وجبت عليه دية لانه قاتل خطأ " .

أما لو انقطع اثر ذلك السبب واضيف الضرر الى غيره فانه لضمان على صاحب السبب الاول انه تعتبر النتيجة الضارة في تلك الحالة ضافة الى السبب الثاني ولقد مثل الفقهاء لذلك بما لو " سقط الحائط على حائط انسان آخر فسقط الحائط الثاني على رجل فقتله ضمن صاحب الاول ولو عثر انسان بستراب الحائط الثاني فقتل لا يضمن الاول " ولا يقع عليه عبء رفع انقاض الحائط الثاني وانما يقع عبء الضمان على صاحب الحائط الثاني متى علم بسقوطه ولم يـنـزل انقاضه (١)

ويبدو لنا ما سبق ان الفقه الاسلامي يرتب ضمان جميع الاضرار المتعاقبة الناشئة عن سبب واحد سواء كانت تلك النتائج الضارة مباشرة او كانت غير مباشرة متى كانت تمثل نتيجة طبيعية للسبب في ذلك (٢)

(١) مجمع الضمانات ص ١٨٥

وتجدر الاشارة الى ان هذه القاعدة تصدق في المجال الجنائي والمدني على سواء ولقد ضرب الفقهاء العديد من الامثلة على ذلك ومنها لو ادعى رجل على رجل آخر " سرقة وقدمه الى السلطات بطلب منه ضربه حتى يقر بضربه مرة أو مرتين فحبسه فخاف من التعذيب والضرب فصعد على السطح لينفلت فسقط من السطح فمات وقد غرم في هذا الامر فظهرت السرقة على يد غيره فللورثة اخذ مدعى السرقة بدية مورثهم ومغرامة اداها الى السلطان " .

انظر في ذلك جامع الفصوليين ج ٢ ص ٨٩ .

(٢) انظر عكس ذلك د / محمد العكام في المرجع السابق ص ٢٨٥ حيث يرى ان الاضرار المتعاقبة التي تكون محلا للضمان انما هي الاضرار الجاشرة فقط وساق الكثير من الامثلة على ذلك الا اننا نرى ان بعضا من الامثلة التي اشار اليها لا يعتبر الضرر فيها مباشرا انه كيف يمكن القول مثلا بان سقوط المتهم بالسرقة من على سطح السجن وهو يحاول الهرب يمثل سببا مباشرا لضربه او سجنه ولكن الصحيح فيما نرى ان ذلك ضرر غير مباشر وان كان مرتبطا بالسبب الذي انقض به .

خلاصة ومقارنة :

يتضح لنا ما سبق ان جمهور الفقه القانوني وان كان يتفق مع الفقه الاسلامي في مبدأ ضمان الاضرار المتعاقبة الناشئة عن سبب واحد الا انه يقيد دائرة هذا الضمان بما كان مباشرا من هذه الاضرار ، وذلك خلافا لما انتهينا اليه من ان الفقه الاسلامي يرى ضمان جميع النتائج المترتبة على هذا السبب مباشرة كانت او غير مباشرة متى كانت نتيجة طبيعية له .

الفصل الثالث اثبات وقوع الضرر ونسبته الى المسمى

المبحث الاول

اثبات وقوع الضرر ونسبته الى المسمى في اللغة والقانون المدني

من المعلوم ان القاعدة العامة تقضي بالقاعب الاثبات على المدعى ، وطالما ان الضرر في تلك الحطة هو المدعى فانه يقع عليه عب اثبات توافر جميع شروط تلك المسؤولية ومن بينها ضرورة اثبات الدور السببي للشيء في احداث الضرر . ويحق له اثبات ذلك بكافة وسائل الاثبات بما فيها القرائن نظرا لمادية الواقعة (١) وذلك هو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي (٢)

ومن ثم فانه اذا وقع شخص في متجو مثلا وتضرر بسبب تعثره ببقايا من أغلقة البضائع او اشرطة تناثرت على الارض فان عليه ان يثبت ان مرجع ما اصابه من ضرر يعود الى تدخل من ارض المحل فيما انتشر عليها من تلك البقايا .

والا م ركذ لك فيما لو سقط على الرصيف بالقرب من طاولة وضعت عليه او صندوق ترك على حافته تهيئة لنقله فادعى الضرر نسبة الضرر الى هذا الشيء او ذاك فان عليه ان يقدم الدليل على تدخله في احداث ما حاق به من ضرر (٣)

ولكن هل يقع على المضرور عب اثبات الصفة الايجابية لتدخل الشيء في احداث الضرر أم انه يكفي مجرد تحقق هذا التدخل ؟

(١) د / لبيب شنب في رسالته ف ١٣٧ ص ١٦٢ .

(٢) روديير في المسؤولية ف ١٥١٨ - مازو في المسؤولية ح ٢ ط ٦ ف ١٧٠٢

وانظر نقض مدني فرنسي في ١٥/٧/١٩٦٥ حكم منشور بمجلة القصر ١٩٦٥

في ١٦/١١/١٩٦٥ وقد جاء في هذا الحكم :

L'article 1984, alinea " suppose avant. tout arapportee. la preuve que la chose a ete en quelque sorte et en fut ce que partie l'instrument du dommage"

وانظر كذلك نقض مدني فرنسي في ٥/٣/١٩٧٥ الاسبوع القانوني

١٩٧٥ - ٤ - ١٣٨ .

(٣) د / عاطف النقيب في المرجع السابق ص ١٦٤ .

لقد اختلف الفقه والقضاء حول الاجابة على هذا التساؤل السـي اتجاهيين :

الاتجاه الاول : يرى أنه لا يقع على عاتق المـضـرور الا مجرد اثبات الدور السببي للشيء في احداث الضرر وذلك يستتبع افتراض تدخله الايجابي فـسـي تحقيقاـن تقوم في تلك الحالة قرينة لصالح المـضـرور على ان هذا السبب كان هو المولد لاحداث هذا الضرر .

وقد استند القائلون بذلك على ان افتراض ايجابية هذا التدخل يتفق والحاجات العملية كما انه يتفق والقواعد العامة .

اما انه يتفق والحاجات العملية فلانه ييسر للمـضـرور الوسيلة الى مساءلة الحارس دون ثمة حاجة الى اثبات ايجابية التدخل من الشيء المحـسـنـث للضرر وبخاصة حينما يتعذر عليه هذا الـاثـبـات والا كان في تكليفه بذلك ارهاق له وتحمله بعبء ثقيل قد يتعذر اقامة الدليل عليه ما يؤدى الى رفض دعواه .

وأما ان ذلك يتفق والقواعد العامة فلان هذه القواعد تلقى بمسبب الـاثـبـات على من يدعى خلاف الظاهر ومتى ثبت تدخل الشيء في احداث الضرر فان ظاهر ذلك ينبىء عن انه السبب المنتج لهذا الضرر .

وبالتالى فانه يقع على عاتق الحارس اثبات ما يخالف ذلك الظاهر (١)

الاتجاه الثانى : يرى حتى التفرقة في هذا الصدد بين فرض ثلاثة :

الفرض الاول : وقوع الضرر بفعل شيء ساكن :

وهنا يجب اثبات التدخل الايجابي لهذا الشيء في احداث الضرر

(١) د / السنهورى فى الوسيط ج ١ ف ٢٣٤ ص ١٠٩٢ ط ٥ د / لبيب شنب

فى رسالته ف ١٣٨ ص ١٦٣ د / ابراهيم الدسوقي فى رسالته

ف ٣٥٠ ص ٥٢٨ د / انور سلطان فى المرجع السابق ف ٦٩ ص ٦٢٣

د / حشمت ابوستيت فى المرجع السابق ف ٥٥٥ ص ٥١١ .

— وانظر نقض مدنى فرنسى فى ٥ / ٣ / ١٩٤٧ الاسبوع القانونى — ٢ — ٣٦٠٠

ونقض مدنى فرنسى فى ١٥ / نوفمبر ١٩٤٩ سبرى — ١٩٥٠ — ١ — ٨٧ .

عن طريق اثبات ان هذا الشيء لم يكن في وضع مألوف وقت وقوع الضرر .
ومرد وجوب اثبات ايجابية تدخل الشيء في تلك الحالة ان الشيء الساكن لا يتصور عادة ان يكون مصدرا مولدا للضرر متى كان في وضع مألوف ، ووجوده عادة على هذا النحو يبيح على الاعتقاد بانه لم يسهم في احداث النتيجة الضارة لما يعكسه وضعه على تلك الحالة من طابع سلبي .

ومن ثم فان الضرر في هذه الحالة يكون مدع لما يخالف الظاهر من الامور فيلزم تبعا لذلك اثبات الوضع غير المألوف لذلك الشيء الذي احدث الضرر .

الفرض الثاني : وقوع الضرر بفعل شيء متحرك دون اتصال بينه وبين الضرر ومثال ذلك : مالوموت سيارة بسرعة بالقرب من الرصيف الذي يقف عليه طفل واحدثت بفعل سرعتها صوتا غريبا فزع الطفل اثر سماعه له فوقع مصابا بجروح ، وفي مثل هذه الحالة فانه يجب على الضرر اثبات الوضع الشاذ للسيارة فسي تحركها .

الفرض الثالث : وقوع الضرر بفعل شيء متحرك نتيجة الاتصال بينه وبين الضرر وفي هذه الحالة فانه لا يقع على الضرر عبء اثبات الوضع غير المألوف لهذا الشيء المتحرك ، اذ ان ذلك كما يرى بعض انصار هذا الاتجاه هو ما يتناسب مع التصور المعقول وفقا للمجرى العادي للامور حيث ان تحرك الشيء واتصاله بوضع الضرر يوجد من الوضع ما يبيح على احتمال صدور الضرر عنه .

ومن ثم فانه يكفي تحقق ارتطام مركبة اثناء سيرها بشخص حتى يكون لهذا الاخير الحق في مسائلة حارس السيارة دون حاجة الى اثبات الوضع الشاذ لها في سيرها او في تحركها (١)

(١) انظر في هذا الاتجاه : د / جمال زكي في الوجيز في الالتزامات

ف ٣١٦ ص ٦٥٥ / ٦٥٦ ، الاستاذ / محمد كمال عبد العزيز في

التقنين المدني المرجع السابق ص ٢٠٨ .

د / عاطف النقيب في الموجع السابق ص ١٦٦ .

وانظر في الفقه الفرنسي جاك بورييه في تعليقه على الحكم الصادر من

محكمة النقض بتاريخ ٢٩ / مايو / ١٩٦٤ الاسبوع القانوني ١٩٦٥ - ٢ -

١٤٢٤٨ .

ولما كنا قد رأينا من قبل ان معيار الشئ الساكن والشئ المتحرك لا يصلح بذاته للدلالة على التدخل الايجابى من الشئ .

فانه يبدو لنا ان الاقرب الى الوضع فى القانون المدنى المصرى هو التفرقة بين ما اذا كان الشئ خطرا بطبيعته او بمقتضى النص القانونى عليه ، وبين ما اذا كان الشئ خطرا بمقتضى ما يلابسه من ظروف .

ففى الحالة الاولى :

يمكن القول باننا لسنا فى حاجة الى اثبات الوضع الشاذ للشئ حتى يمكن القول بتحقيق رابطة السببية بينه وبين ما تحقق من ضرر اذا ما دامست الخطورة باادية من طبيعة مثل هذا الشئ فان الوضع الظاهر يقتضى حدوث الضرر منه كلما ثبت مجرد تدخله فى احداث الضرر والا ما كان لتلك الخطورة من دلالة ، ويصدق ذلك على ما افترض المقتن خطورته كالات الميكانيكية وذلك دون نظر الى ما اذا كان الشئ ساكنا او متحركا .

ومن ثم فانه يبدو لنا ان مجرد التدخل فى تلك الحالة ينهض قرينة لصالح الضرر وذلك لتلازم دعواه مع الوضع الظاهر .

اما فى الحالة الثانية :

وهى التى لم يفترض المقتن خطورة الاشياء فيها ولم تكن هى خطورة بطبيعتها فانه يلزم فى رأينا اثبات وضعها الشاذ او غير المؤلف لتخصيق تدخلها الايجابى ، ومرد ذلك ان مثل هذه الاشياء ينصح الظاهر بمسئلتها عن عدم خطورتها بحسب اصل وضعها وبالتالى فانه لا يلزم غالبا ان يرتد الضرر اليها كلما كان هناك تدخل منها ومادام ذلك كذلك فان المدعى فى تلك الحالة يكون مدع لخلاف الظاهر . . ومن ثم فان عبثا اثبات وضعها الشاذ يقع على عاتقه .

- اشارة الى د / ابراهيم الدسوقي فى رسالته ط ٧٥ ف ٣٤٧ ص ٥٢٤ /

٥٢٩ ، وانظر كذلك نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٥ / ١ / ٩ الجلسة

العملية للقانون المدنى ١٩٧٥ ص ٢١٢ .

البحث الثاني اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشئ في الفقه الاسلامي

من المعلوم ان القاعدة العامة في الاثبات تقضى بتحمل المدعى لعبء اثبات ما يدعيه لما رواه البيهقي رضي الله عنه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " البينة على المدعى واليمين على من أنكره " (١)

وقد حكى ابن المنذر اجماع اهل العلم على ذلك (٢)

واعمالا لهذه القاعدة فانه يجب على المضرور ان يثبت امرين :

الامر الاول : تحقق وقوع الضرر حيث ان الضمان ماضع الا لجبره وترميم آثاره ولانه من المسلم به انه لا دعوى بغير مصلحة ، وتمثل مصلحة المدعى في هذه الحالة في الحصول على تعويض يجبر ما اصابه من ضرر واجب الاثبات .

الامر الثاني : اثبات علاقة السببية بين فعل الشئ وبين الضرر وهو ما عجز عنه العلماء بعدم وجود مانع من نسبة الضرر الى الفعل او الى الشئ ، ولكن كان الاصل العام يقضى بحتمة هذه النسبة الا ان هناك من الحالات ما تشهد فيها قرائن الاحوال على توافر علاقة السببية بحيث يبدوا ان الامر لا يستدعي اثباتها كحالة المباشرة ، ان سبق لنا القول بان المدعى او المضرور لا يكلف باثبات تعدى المباشرة لثبوت بدالة وقوع الضرر اما في حالة التسبب فانفسه يشترط لقيام تلك المسؤولية اثبات تجاوز المدعى عليه للحق المأذون فيه شرعا

(١) انظر في هذا الحديث الشريف : سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٥٢ ، شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٢ ص ٣ ، سنن الترمذي ج ٦ ص ٨٦ ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٢٢٨ ، شرح سبيل السلام ج ٤ ص ١٣٢ .

(٢) جامع العلم والحكم ص ٢٢٧ .

سواء كان المرجع في هذا التجاوز هو الاخلال بواجب شرعي منصوص عليه او كان مرجعه الى الاخلال بالواجب العام الذي يقتضى اليقظة والتبصر في السلوك حتى لا يضر بالفسير .

وقد سبق ان اشرنا الى ان بعضا من فقهاءنا المحدثين يرون ان كل ما تحدثنا له من ضرر يعتبر من قبيل المباشرة ومن ثم فان كل ما يقع على عاتق المدعى في تلك الحالة هو اثبات نسبة الضرر الى تلك الالة وذلك بخلاف الضرر الناشئ عن غير الالة تسببا فانه يلزم اثبات تعدى الحارس لنفسه تلك الحالة .

وفي جميع الاحوال فانه يكون للمدعى عليه دحض اسناد الضرر اليه باثبات تولده عن سبب اجنبي لا يد له فيه كما لو اثبت المدعى عليه تدخل الضرر في احداث الضرر وفي ذلك يقول صاحب البحر الرائق :

" ولو تعدد (اي الضرر) المرور في موضع الصب (اي صب الماء) مع علمه به لا يضمن الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في الطريق من جانب الى جانب فوقع فيها " (١)

وكما لو اثبت المدعى عليه ان وقوع الضرر كان بفعل القوة القهرية وفي ذلك يقول صاحب المبدع الحنبلي : " واما اذا ما اتلفت النار بطريان ريح فلا يضمنه لانه ليس من فعله " ولا من تغريظه " (٢)

(١) البحر الرائق ح ٨ ص ٣٩٩ ،

- وانظر في ذلك نهاية المحتاج ح ٧ ص ٣٦٢/٣٥٤ .

(٢) المبدع في شرح المقنع ح ٥ ص ١٩٥ ، المكتب الاسلامي بيروت .

اللهم الا اذا كان مغرطه بان أجمع نارا تسرى عادة لكثرةها
وفي ريح شديدة تحملها أو فرط بترك النار موجهة ونام .
انظر المرجع السابق في نفس الموضع .

خلاصة ومقارنة :

يتضح لنا مما تقدم ان القانون المدني يتفق مع الفقه الاسلامي في ضرورة اثبات العناصر المكونة لتلك المسؤولية ومن بينها اثبات وقوع الضرر (الا فيما استثنى من ذلك) وتوافر علاقة السببية بينه وبين فعل الشئ الا ان القانون المدني يفترض نسبة الخطأ الى الحارس في جميع الاحوال وذلك في حين ان الفقه الاسلامي لا يفترض ذلك الا في حالة الباشرة حيث يلزم نسبة الضرر الى الحارس في حالة التسبب وان كان مارجحناه من رأى فيما مضى يمكن ان يكون مدخلا لتقارب اكبر ان صح ما ذهبنا اليه في هذا الصدد .

تم بحمد الله عز وجل وتوفيقه

ولله المنة من لعل ومن بعد .

ثبت المراجع

(١) المراجع العربية

- اولا - المراجع العربية القديمة

١ - الفقه الحنفي :

- ١ - الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ط الحلبي ١٩٦٨
- ٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني ح ٢ ، ط الجمالية ١٣٢٨ / ١٩١٠ .
- ٣ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين الزيلعي ، ح ٦ ، ط الاميرية بولاق ١٣١٥ هـ .
- ٤ - جامع الفصولين لابن قاضي سواه ح ٢ ط الاميرية - بولاق - ١٣٠٠ هـ .
- ٥ - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ح ٢ ط الحلبي ١٣٢٤ هـ ، ط دار الكتب العربية ١٣٧٦ هـ .
- ٦ - شرح العناية على الهداية لاكل الدين محمد البابرتي مطبوع على هامش فتح القدير ط ١٣٥٦ .
- ٧ - الفتاوى الهندية ح ١ ط الاميرية - بولاق - ١٣١٠ هـ .
- ٨ - فتاوى قاضيخان لفخر الدين محمود الاوجندي بدون تاريخ
- ٩ - الفتاوى الخيرية لنفع البرية ح ٢ ، ط الاميرية - بولاق - ١٣٠٠ هـ ط العشانية ١٣١١ هـ .
- ١٠ - الصبوح للسرخسي ط السعادة ١٣٢٤ هـ .
- ١١ - مجمع الضمانات للبغدادي ، ط الخيرية ١٣٠٨ هـ .
- ١٢ - الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين الميرغيناني ، ح ٤ ، ط الخيرية ١٣٢٦ هـ .

ب - الفقه المالكي :

- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، ج ٢ ، ط مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٢/١٣٥٢ ، ط مطبعة الاستقامة .
- ٢ - التاج والاكلیل لمختصر خليل للمواق مطبوع على هامش مواهب الجليل
- ٣ - مواهب الجليل للخطاب ، ط السعادة ١٣٢٩ هـ
- ٤ - تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك .
- ٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط عيسى البابي الحلبي ١٣٧٣ هـ .
- ٦ - الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ج ٥ ط ١٣٤٥/١٣٤٦ هـ
- ٧ - المدونة الكبرى للامام مالك ، رواية سخنون ط السعادة ١٣٢٣ هـ
- ٨ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب ، ط السعادة ١٣٢٩ هـ ، ط دار الفكر ١٣٩٨ هـ .

ج - الفقه الشافعي :

- ١ - الام للامام الشافعي رواية الربيع الموادي ط الاميرية - بولاق - ١٣٢١ هـ ، ط الشعب .
- ٢ - الانوار لاعمال الابرار ليويسف الاردبيلي ط الجمالية ١٣٢٨ هـ .
- ٣ - أسنى المطالب شرح روض الطالب لذكريا الانصاري ، ط اليمنية ، ١٣٠٦ هـ .
- ٤ - الاشياء والنظائر للسيوطي ، ط البابي الحلبي ١٩٥٩ م
- ٥ - شرح التحرير لذكريا الانصاري وحاشية الشرقاوي على شرح التحرير ط ١٣٢٧ هـ .
- ٦ - معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشرييني الخطيب ، ط المطبعة الازهرية ١٣٠٥ هـ ، ط الاستقامة ١٣٧٤/١٩٥٥ هـ

- ٧ - المذهب للشيرازي ط البايي الحلبي ١٣٤٣ هـ .
- ٨ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للمرولى ح ٧ ، ط الحلبي ١٩٣٨/١٣٥٧ .

د - الفقه الحنبلي :

- ١ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف - صححه وحققه حامد الفقي ، ح ٦ ط السنة المحمدية ١٣٧٦/١٩٥٧ هـ
- ٢ - اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية ط كردستان ١٣٢٥ هـ ، ط السعادة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م
- ٣ - القواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب الحنبلي ، ط الخيرية ، ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٣ .
- ٤ - كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتي ، ط المطبعة الشرقية ، الطبعة الاولى ، ١٣١٩ هـ ، ط مكتبة النصر الحدية بالرياض .
- ٥ - المغني لابن قدامة المقدسي ح ٥ ، ط المنار الثالثة ١٣٦٧ هـ .

هـ - الفقه الظاهري :

- ١ - المحلى لابن حزم تحقيق احمد شاكر ، نشر دار التراث .

و - الفقه الزيدي :

- ١ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الانتصار لابن المرتضى الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ / ١٩٤٩ م
- ٢ - التاج المذهب للعنسي ط ١٣٦٥ هـ / ١٩٤٧ م
- ٣ - الروض الثمير شرح مجمع الفقه الكبير للصنعاني ، ط السعادة ، ١٣٤٧ هـ .

ز - الفقه الامامي :

- ١ - شرائع الاسلام في معرفة الحلال والحرام للحلي ط دار مكتبة الحياة ، بيروت .

٢ - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلاء للعالمى ، ط مطبعة
الفيحاء ، دمشق .

ج - الفقه الاباضى :

١ - شرح النيل وشفاء العليل لابن أطفيش ، ط دار التراث العربى
١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م

ثانيا : المراجع الشرعية الحديثية

١ - الضمان في الفقه الاسلامى - القسم الاول للشيخ على الخفيف
ط معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية
١٩٧١ م .

٢ - مصادر الحق في الفقه الاسلامى للدكتور / عبد الرزاق السنهورى ،
ط المجمع العلمى العربى الاسلامى ، بيروت .

٣ - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية للاستاذ /
صبحى المحمصانى - ط مكتبة الكشاف - بيروت ح ١ ، ١٩٧٢ م .

ثالثا : المراجع القانونيه
(الكتب العامة)

١ - د / احمد حشمت ابوستيت :
نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد ط دار الفكر العربى
١٩٥٤ - الكتاب الاول .

٢ - د / احمد ابو الوفا :
التعليق على نصوص قانون الاثبات ، ط منشأة المعارف ١٩٧٥ م

٣ - د / احمد سلامه :
المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثانى - نظرية الحق ،
ط دار النهضة العربية - ١٩٧٤ م .

- ٤ - د / انور سلطان :
النظرية العامة للالتزام ح ١ مصادر الالتزام ، ط دار المعارف
١٩٦٢ م
- ٥ - د / احمد شوقي عبدالرحمن :
مسئولية المتبوع باعتباره حارسا - ط المطبعة العربية
الحديثة ١٩٧٥ .
- ٦ - د / اسماعيل غانم :
النظرية العامة للالتزام ح ١ مصادر الالتزام ، ط عبد الله
وهبه ١٩٦٨ م
النظرية العامة للالتزام ح ٢ احكام الالتزام والاثبات ،
ط عبد الله وهبه ١٩٦٧ م
- ٧ - د / توفيق حسن فريج :
المدخل للعلوم القانونية ط مؤسسة الثقافة الجامعية ،
الاسكندرية ١٩٧٦ .
النظرية العامة للالتزام ط ١٩٧٨ .
- ٨ - د / حسن كـيـرة :
المدخل الى القانون ط منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥ .
- ٩ - د / حسين عامر :
المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ط مطبعة مصر ١٩٥٦ .
- ١٠ - د / سليمان مرقص :
المسئولية المدنية - دروس لقسم الدكتوراه في حقوق القاهرة
١٩٥٥ م
الفعل الضار ط ٢ دار النشر للجامعات ١٩٥٦ - القسم
الثاني .
محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ،
ط معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة السودان
العربية ١٩٦٠ - القسم الثاني .

- المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ط معهد البحوث
والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ١٩٧٠ القسم الاول .

١١- د / سبر عبد السيد تناغو :
نظرية الالتزام - ط منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥ .

١٢- د / عبد الرزاق السنهوري :
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الاول -
نظرية الالتزام بوجه عام - مصادرا للالتزام ط ٢ دار النهضة
العربية ١٩٦٤ .
- الوجيز في شرح القانون المدني ج ١ ط دار النهضة العربية
١٩٦٦ .

١٣- د / عبد الحى حجازى :
النظرية العامة للالتزام ج ٢ - مصادرا للالتزام ط مطبعة نهضة مصر
١٩٥٤/١٩٥٠ .

١٤- د / عبد المنعم فرج الصدة :
مصادرا للالتزام - دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصرى
طبع دار النهضة العربية - بيروت ١٩٧١ .

١٥- د / عاطف النقيب :
النظرية العامة للمسئولية عن فعل الاشياء في مبادئها القانونية
وأوجهها العملية ، منشور عويدات - بيروت .

١٦- د / عبد الفتاح عبد الباقي :
- مصادرا للالتزام - مذكرات على الالة الضاربة للسنة الثانية بكلية
الحقوق والشرعة ، جامعة الكويت ١٩٦٨ / ٦٩ ، ١٩٧٣ / ٧٢ .

- المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء
الخطرة تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر اثناء استعمالها .
- محاضرات في القانون المدني مع التعمق ، مطبوعة على الآلة
الضاربة لدبلوم القانون الخاص - كلية الحقوق والشرعة - جامعة
الكويت ١٩٧٣ / ٧٢ م

- ١٧- د / عبدالرازق حسن فرج :
النظرية العامة للالتزام ، ط مطبعة الفجر الجديد ١٩٨٣ م
- ١٨- د / محمود جمال الدين زكي :
- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، ح ١ ،
صادر الالتزام ط ٢ مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٦ .
- مشكلات المسؤولية المدنية ط جامعة القاهرة ١٩٧٨ .
- ١٩- د / محمد لبيب شنب :
- النظرية العامة للالتزام - ط دار النهضة العربية ،
بيروت ١٩٧٠ .
- ٢٠- الاستاذ / مصطفى مرعسي :
المسؤولية المدنية في القانون المصري ط مكتبة عبد الله وهب ،
١٩٤٤ م .
- ٢١- د / نعمان جمعة :
- دروس في الواقعة القانونية أو المصادر غير الإرادية ،
ط دار النهضة العربية ١٩٧٢ م .

رابعاً : الرسائل

- ١- د / إبراهيم الدسوقي :
الاعفاء من المسؤولية عن حوادث السيارات - دراسة تحليلية
لنظرية السبب الاجنبي في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، رسالة
من حقوق عين شمس ط ١٩٧٥ .
- ٢- د / بدر جاسم يعقوب :
المسؤولية عن استعمال الاشياء الخطرة في القانون الكويتي -
رسالة من حقوق القاهرة سنة ١٩٧٧ على الآلة الضاربة .
- ٣- د / ثروت أنيس الاسيوطي :
مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن ، رسالة من حقوق القاهرة ،

ط المطبعة العالمية ١٩٦٠/٥٩ م .

- ٤ - د / سليمان مرقص :
نظرية دفع المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة في المسؤولية التعاقدية والتقصيرية في القانون المصري والفرنسي .
رسالة من الجامعة المصرية - النسخة العربية - ط مطبعة الاعتماد ١٩٣٦ م .
- ٥ - د / سيد أمين :
المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير - رسالة من حقوق القاهرة سنة ١٩٦٤ .
- ٦ - د / سليمان محمد أحمد :
ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ، رسالة من كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر ١٩٧٥ .
- ٧ - د / سهير منتصر :
تحديد مدلول الحراسة عن الاشياء ، رسالة من حقوق عين شمس سنة ١٩٧٧ على الالة الضاربة .
- ٨ - د / عبد الحيد البعلسي :
نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون - رسالة من كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر ، على الالة الضاربة .
- ٩ - د / محمد لبيب شنب :
المسؤولية عن الاشياء - دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي - رسالة من حقوق القاهرة - نشر مكتبة النهضة ١٩٥٧ م .
- ١٠ - د / محمد وحيد الدين سوار :
التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الفرنسي رسالة من حقوق القاهرة ١٩٦٠ م .

- ١١- د / محمد فوزى فيض الله :
المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة من كلية الشريعة
والقانون - جامعة الازهر ١٩٦٢ على الالة الضاربة .
- ١٢- د / محمد فاروق الحكام :
الفعل الموجب للضمان - رسالة من حقوق القاهرة ١٩٧٧ - على
الالة الضاربة .
- ١٣- د / يوسف جرجس :
مسئولية الاضرار الناتجة عن الاشياء الجامدة - رسالة من الجامعة
المصرية (النسخة العربية - ط ١٩٣٢)

خامسا : البحوث والمقالات

- ١ - محمد صالح :
المسئولية عن الضرر في الفقه الاسلامي - مقال منشور بمجلة قضايا
الحكومة ص ١٨ ع ٢ ص ٤٣١ .
- ٢ - نسيم عطية :
تحديد مدلول الحراسة على الجبادات - مقال منشور بمجلة المحاماه
ص ٣٥ ع ٣ ص ٥٦٩ ، ص ٣٦ ع ٤ ص ٦٢١ .

(٢) المراجع الرئيسية

أولا : الكتب العامة :

1. Colin, Aetcapitanth traite de droit civil,
Dallaz, paris 1959.
2. Josserand, louis. cours de droit civil postif
français .
3. Laup. jean. la responsabilitè des accldents
causesles automobiles 1932.
4. Martyg et Raynaud, p. Droit civil T.2 Vol.
2. Paris 1962.
5. Mazeaud, Henri et lean traite theorique et
pratique de la responsabilie civile de
lictuelle et contractuelle, 3 vol. 4 me, 5eme
et 6 eme en, Paris 1948-1970.
6. Mazeaud, HCJ: Lecon de droit civil obligation
T. 23 eme paris 1966.
7. Planiol Ripert et Boulanger traite elementaire
de droit civil 3 eme 2 paris 1935.
8. Ripert, G:le Regime demacratique et ledroit civil
Moderne, paris 1948.
9. Ripert,G. La regle moral dans les obligation
civelcs, 4 eme ed L.GJ LJ. paris 1949.

10. Ripert, get Boulanger, J.: traite de droit-civil doapres le traite de planiol. T.2 Paris, 1957.
11. Rodiere.Rene: la responsabilite, Paris, 1952.

ثانيا : الرسائل :

1. Barsoum, Y.G.: Laresponsabilite du fait des choses inrnimees, lecaire 1932.
2. Bichot, Jacques: l'autonomic de la responsabilite du fait des choses et du fait d'autrui devant la juris prudence contemporaine, Paris 1933.
3. Coressi, Alexandre: De la responsabilite encouruepare les automobilistes a raison des damages causes pareux Paris 1928.
4. Goldman, Barthold: de la determination du gardien responsable du fait des choses inanimées , Lyon, 1943.
5. Landelle : De la responsabilite en cas de vol d'automobile, Rennes 1940.

6. Neagu: Responsabilite civil extracontractuelle de l'aliene, Paris, 1927.
7. Turquey, Maurice : L'evolution de la responsabilite du fait des choses inanimees caen, 1930.

لهرس اجمالى لموضوعات البحث

رقم الصفحة

الموضوع

	الفصل التمهيدى :
	تطور المسئولية عن الاشياء الجامدة ومدى مشروعيتها
	فى الفقه الاسلامى :
	* البحث الاول : تطور المسئولية عن الاشياء فى
	القانون المدنى ١
	- المطلوب الاول : تطور المسئولية عن الاشياء فى
	القانونى المدنى الفرنسى ١
	- المطلوب الثانى : تطور المسئولية عن الاشياء فى ظل
	القانون المدنى المصرى ٥
	* البحث الثانى : مدى مشروعية المسئولية عن الاشياء
	الجامدة فى الفقه الاسلامى ٨
	الباب الاول : الحراسة
	تمهيد ١٤
	الفصل الاول : ماهية الحراسة وعناصرها
	* البحث الاول : فى الفقه والقانون المدنى
	- المطلوب الاول : ماهية الحراسة ١٦
	- المطلوب الثانى : عناصر الحراسة الفعلية ٢٦
	* البحث الثانى : ماهية الحراسة وعناصرها فى الفقه
	الاسلامى ٣٣
	الفصل الثانى : مدى قبول الحراسة للتجزئة ٤٠
	الفصل الثالث : مدى اشتراط التمييز فى الحارس
	* البحث الاول : فى الفقه والقانون المدنى ٥٠
	* البحث الثانى : فى الفقه الاسلامى ٥٦

الفصل الرابع : اثبات الحراسة وانقضاءها وانتقالها

- ٦٥ * البحث الاول : اثبات الحراسة
- * البحث الثانى : انقضاء الحراسة وانتقالها .
- ٦٩ - المطلب الاول : انقضاء الحراسة
- المطلب الثانى : انتقال الحراسة
- الفرع الاول : انتقال الحراسة بمقتضى ارادة الحارس
- ٧٠
- ٧٨ - الفرع الثانى : انتقال الحراسة دون ارادة الحارس
- الفرع الثالث : موقف الفقه الاسلامى من انقضاء الحراسة وانتقالها
- ٨٤

الباب الثانى : الاشياء التى تكون محلا للحراسة

- ١٠٥ تمهيد :
- الفصل الاول : لزوم التدخل الايجابى ومعياره وصوره
- * البحث الاول : فى الفقه والقانون المدنى
- المطلب الاول : لزوم التدخل الايجابى لتحقيق رابطة السببية
- ١٠٦ - المطلب الثانى : معيار تحقق التدخل الايجابى وصوره .
- ١١٣ - الفرع الاول : معيار تحقق التدخل الايجابى
- ١٢١ - الفرع الثانى : صور التدخل الايجابى للشئ
- ١٢٣ * البحث الثانى : فى الفقه الاسلامى
- لزوم التفرقة بين المالك والمالك هذا المبدأ
- ١٢٥ أولا : حالة الجاشرة
- ١٢٧ ثانيا : حالة التسبب
- ١٢٩ ثالثا : اجتماع الجاشرة مع التسبب

رقم الصفحة

الفصل الثاني : تعدد الاشياء المحدث للضرر وتسلسله

■ البحث الاول : تعدد الاشياء المحدث للضرر

١٣٣ - المطلب الاول : في الفقه والقانون

١٤١ - المطلب الثاني : في موقف الفقه الاسلامي

■ البحث الثاني : تسلسل الاضرار

١٤٤ - المطلب الاول : في الفقه والقانون المدني

١٤٦ - المطلب الثاني : في موقف الفقه الاسلامي

١٤٨ خلاصة ومقارنة :

الفصل الثالث : اثبات وقوع الضرر ونسبته الى الشيء

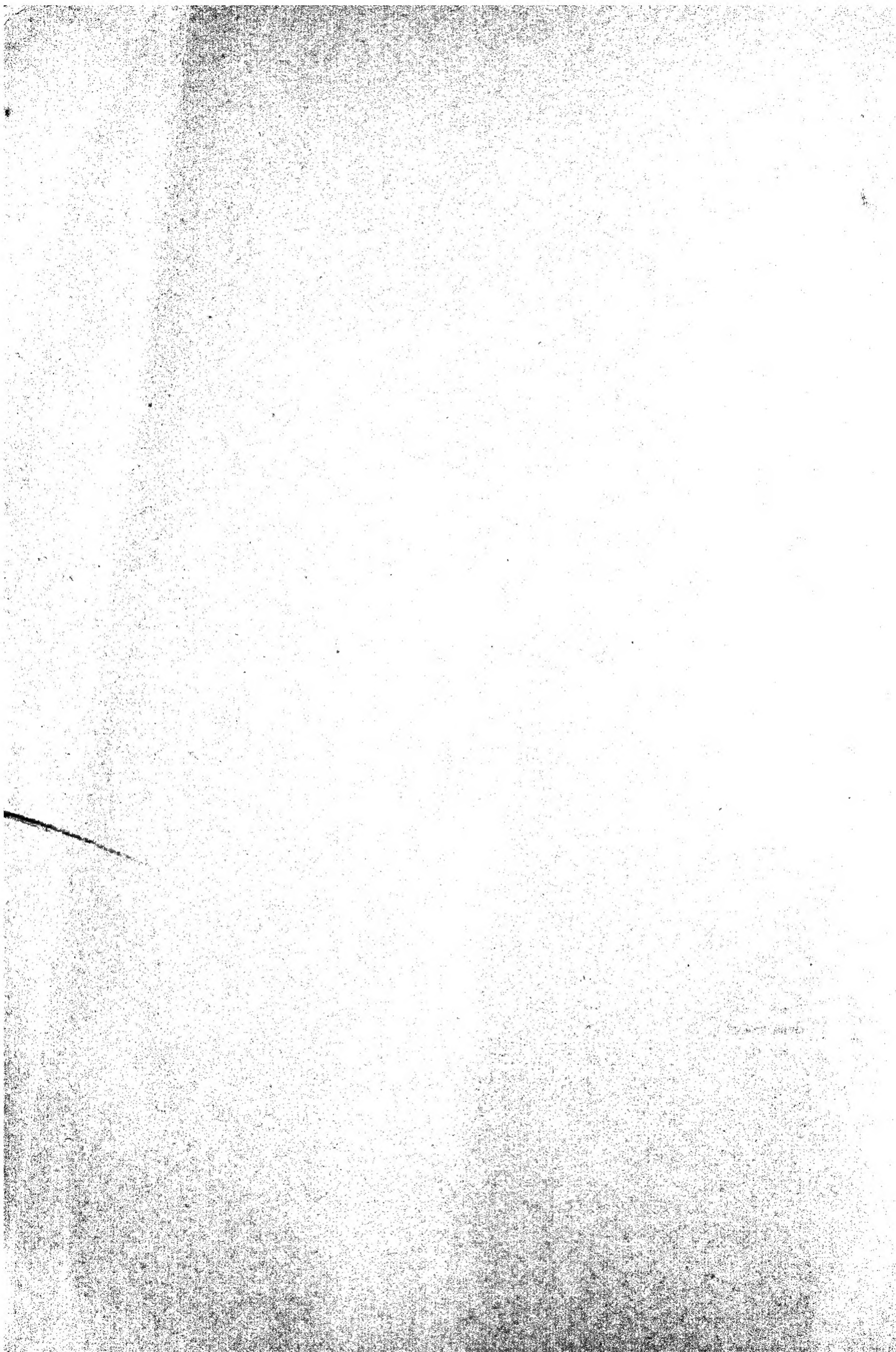
١٤٩ ■ البحث الاول : في الفقه والقانون المدني

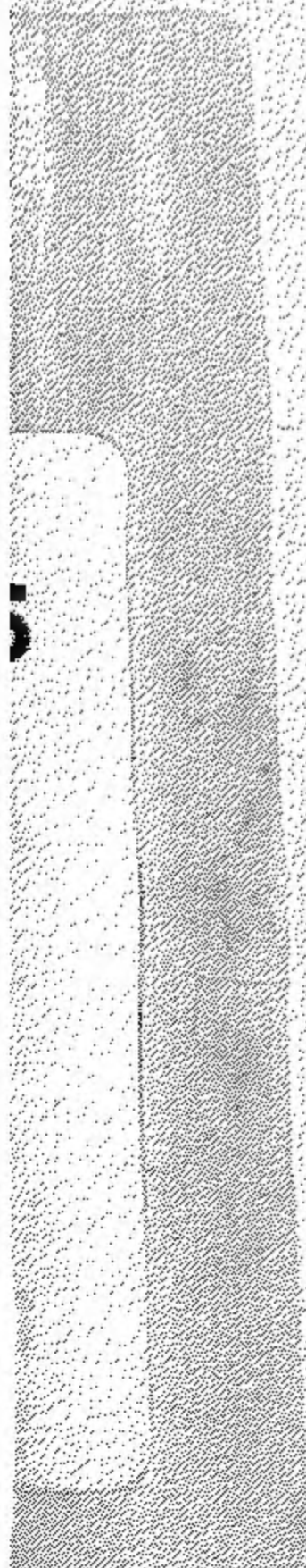
١٥٣ ■ البحث الثاني : في الفقه الاسلامي

١٥٥ خلاصة ومقارنة :

١٥٦ فهرست المراجع :

١٦٨ فهرس اجمالي لموضوعات البحث





5